

University of Groningen

Verzekeringspremie mensenrecht

Borgesius, J.

Published in:
Het Verzekeringsarchief, Tijdschrift voor Verzekeringswetenschap

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2012

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Borgesius, J. (2012). Verzekeringspremie mensenrecht: Over een baanbrekend arrest, richtsnoeren voor de uitleg, en een ongeldige wet. *Het Verzekeringsarchief, Tijdschrift voor Verzekeringswetenschap*, 89(3), 100-116.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Verzekeringspremie: mensenrecht

Over een baanbrekend arrest, richtsnoeren voor de uitleg, en een ongeldige wet

Prof. mr. J. Borgesius

Krachtens de Algemene wet gelijke behandeling geldt het verbod van onderscheid op grond van geslacht, in verband met het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen, niet voor de verzekering van een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon, tegen een van het geslacht van die persoon afhankelijke premie. Het Hof van Justitie van de Europese Unie heeft evenwel geoordeeld dat handhaving van een dergelijke uitzondering zonder beperking in de tijd in strijd is met het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen, ook waar het gaat om premies en uitkeringen van de door hen gesloten verzekeringen. Na het verstrijken van een passend geachte overgangperiode is de met onze wet corresponderende uitzonderingsbepaling in Richtlijn 2004/113/EG met ingang van 21 december 2012 ongeldig verklaard. In dit artikel wordt het arrest van het Hof geplaatst in het kader van de mensenrechtenverdragen en de regels omtrent de doorwerking in de Nederlandse rechtsorde van met name het discriminatieverbod bij verzekeringen.

] Inleiding

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: 'het Hof' of 'HvJ EU') heeft op verzoek van het Belgische Grondwettelijk Hof op 1 maart 2011 een prejudiciële beslissing gegeven in een geding tussen (een vereniging van) consumenten en de Belgische Staat betreffende de geldigheid van een uitzonderingsbepaling in de Belgische wet ter bestrijding van de discriminatie tussen vrouwen en mannen wat betreft het geslacht in verzekeringsaangelegenheden.¹ Die uitzonderingsbepaling was gebaseerd op art. 5 lid 2 van Richtlijn 2004/113/EG houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, waaronder verzekeringen.² Het verzoek

om een prejudiciële beslissing betrof de geldigheid van genoemd artikellid. Het Hof stelde vast dat de richtlijn tot doel heeft de toepassing van unisekspremies en -uitkeringen. Met dat doel is in strijd een bepaling die de betrokken lidstaten toestaat een uitzondering op de regel van unisekspremies en -uitkeringen zonder beperking in de tijd te handhaven. Rekening houdend met een passende overgangperiode heeft het hof art. 5 lid 2 van de richtlijn met ingang van 21 december 2012 ongeldig verklaard.

Ook de Nederlandse wetgeving kent een met die in de genoemde EG-richtlijn uit 2004 vergelijkbare uitzonderingsbepaling in artikel 1, aanhef en onder h, van het ter uitvoering van de Algemene wet gelijke behandeling³ vastgestelde Besluit gelijke behandeling.⁴

Prof. mr. J. Borgesius is vice-president Gerechtshof 's-Gravenhage en em. hoogleraar Rijksuniversiteit Groningen

- ¹ HvJ EU 1 maart 2011, zaak C-236/09 (*Test-Aankoop*), n.n.g.; NJ 2011/120, m.nt. M.R. Mok; RGDA 2011, p. 851, m.nt. G. Parleani; SEW 2011, p. 544, m.nt. C. Van de Heyning; PJ 2011/96, m.nt. W.M.A. Kalkman. Zie over het arrest o.a. Y. Thiery, *Des femmes, des hommes et des assurances*: revisie door het Hof van Justitie, in: C. van Schoubroeck, W. Devroe, K. Geens, J. Stuyck (eds.), *Over grenzen. Liber amicorum Herman Cousy*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 279-289; E. Lutjens, 'Einde aan hogere premies en lagere uitkeringen voor vrouwen bij particuliere verzekeringen?', *NtEr* 2011, p. 284-291; E.R. Meerdink, 'Per 21 december 2012: mannen en vrouwen verzekeringstechnisch gelijk', *FR* 2011, p. 284-290.
- ² Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, *PbEU* 2004, L 373/37 (hierna ook: 'Richtlijn 2004/113' of 'de richtlijn').
- ³ Wet van 2 maart 1994, houdende algemene regels ter bescherming tegen discriminatie op grond van godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (Algemene wet gelijke behandeling), *Stb.* 1994, 230.
- ⁴ Besluit van 18 augustus 1994, houdende nadere omschrijving van gevallen waarin het geslacht bepalend is, van gevallen waarin het de bescherming van de vrouw betreft, van gevallen waarin uiterlijke kenmerken die samenhangen met het ras van een persoon bepalend zijn en van gevallen waarin de nationaliteit bepalend is (Besluit gelijke behandeling), *Stb.* 1994, 657.

In het navolgende zal eerst worden nagegaan welke regels bestaan in het recht van de Europese Unie en in het internationale recht voor de waarborging van gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Vervolgens zal worden gezien hoe het Unierechtelijk beginsel is uitgewerkt in Richtlijn 2004/113. Daarna volgt een analyse van het arrest *Test-Aankoop*, gevolgd door enkele hoofdpunten uit de Conclusie voor het arrest van de advocaat-generaal Kokott die, meer nog dan het arrest, de spanning zichtbaar maakt tussen de traditionele verzekerings-techniek bij premiecalculatie en het beginsel van gelijke behandeling. Voor een goed perspectief zal ik in een intermezzo de opvattingen van enige actuarissen weergeven. Uitgebreid wordt vervolgens aandacht gegeven aan de Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de uitleg en toepassing van het arrest in de verzekeringspraktijk. Na bespreking van het discriminatieverbod in de Grondwet en de Algemene wet gelijke behandeling, zal ik beknopt de nationale en communautaire regels belichten nopens de doorwerking in de Nederlandse rechtsorde van het discriminatieverbod uit de diverse verdragen. Daarbij zal het accent worden gelegd op de temporele werking van het internationale en communautaire beginsel van gelijke behandeling tegen de achtergrond van het arrest *Test-Aankoop*, met betrekking tot lopende verzekeringscontracten.

] Mensenrechten: het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen

*“Vastbesloten komende geslachten te behoeden voor de gesel van de oorlog, die tweemaal in ons leven onnoemelijk leed over de mensheid heeft gebracht, en opnieuw ons vertrouwen te bevestigen in de fundamentele rechten van de mens, in de waardigheid en de waarde van de menselijke persoon, in gelijke rechten voor mannen en vrouwen (...)”*⁵, hebben de volken van de Verenigde Naties op 26 juni 1945 overeenstemming bereikt over het Handvest en de oprichting van de Verenigde Naties (hierna: ‘VN’). Op grond daarvan proclameerde de Algemene Vergadering

der VN op 10 december 1948 de Universele Verklaring van de rechten van de mens⁶. Ingevolge het bepaalde in art. 2 lid 1, van die Verklaring heeft een ieder aanspraak op alle rechten en vrijheden, in deze Verklaring opgesomd, zonder enig onderscheid van welke aard ook, zoals geslacht. Ter collectieve handhaving van sommige der in de Universele Verklaring vermelde rechten is in het kader van de Raad van Europa op 4 november 1950 tot stand gekomen het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: ‘EVRM’)⁷. *‘Het genot van de rechten en vrijheden die in dit Verdrag zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht (...)’*⁸. Het discriminatieverbod van het Handvest van de VN is, onder meer voor de gelijke behandeling van mannen en vrouwen, uitgewerkt in het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten van 16 december 1966 (hierna: ‘IVBPR’)⁹ en in het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten van dezelfde datum.¹⁰ Ook onder auspiciën van de VN is, speciaal met het oog op de voortdurende discriminatie van vrouwen, op 18 december 1979 gesloten het Verdrag inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen.¹¹

In de preambule van het op 25 maart 1957 gesloten Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna: ‘VEG’)¹² wordt gerefereerd aan de beginselen van het Handvest der VN. Vanaf het eind van de jaren zestig van de vorige eeuw verzekert het HvJ EU op basis van ongeschreven recht de bescherming van de fundamentele rechten en vrijheden van burgers, waaronder het recht op gelijke behandeling.¹³ Sinds het Verdrag van Maastricht¹⁴ (hierna: ‘VEU’), waarbij de Europese Unie (hierna: ‘EU’) is opgericht, vindt deze rechtspraak haar grondslag in het geschreven recht. Het VEU, dat gewijzigd en aangevuld is door de Verdragen van Amsterdam¹⁵ en Nice¹⁶, schrijft de eerbiediging van de grondrechten, zoals die worden gewaarborgd door het EVRM en zoals zij uit de gemeenschappelijke constitutionele tradities van de lidstaten voortvloeien, voor als ‘algemene beginselen van

5 Preambule Handvest van de Verenigde Naties van 26 juni 1945, *Stb.* 1945, F 321 (herziene versie *Trb.* 1987, 113). Ik beperk mij hierna tot het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen.

6 *Trb.* 1969, 99.

7 *Trb.* 1951, 154, in werking 3 september 1953 (voor Nederland: 31 augustus 1954 ingevolge de Wet van 28 juli 1954, *Stb.* 1954, 335).

8 Art. 14, te lezen in samenhang met Protocol nr. 12 van 4 november 2000, *Trb.* 2001, 18, in werking 1 april 2005 (ook voor Nederland). Art. 1 lid 1, van dat Protocol luidt: ‘Het genot van elk in de wet neergelegd recht moet worden verzekerd zonder enige discriminatie op welke grond dan ook, zoals geslacht (...)’.

9 *Trb.* 1969, 99, voor Nederland in werking sinds 11 maart 1979 (Wet van 24 november 1978, *Stb.* 1978, 624). Zie art. 2, 3 en 26.

10 *Trb.* 1969, 100. Zie art. 2 en 3.

11 *Trb.* 1981, 61. Zie art. 1-4, 13 en 15.

12 *Trb.* 1957, 91.

13 Kapteyn, in: Kapteyn-VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003, p. 351 e.v. Het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen werd reeds erkend als fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht in de Hof-arresten van 15 juni 1978, zaak 149/77 (*Defrenne III/Sabena*), *Jur.* 1978, p. 1365, r.o. 27, en van 26 februari 1986, zaak 262/84 (*Beets-Proper/Van Lanschot Bankiers*), *Jur.* 1986, p. 773, r.o. 38.

14 Verdrag betreffende de Europese Unie van 7 februari 1992, *Trb.* 1992, 74 en *PbEG* 1992, C 224/1 (Verdrag van Maastricht).

15 Verdrag van Amsterdam houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten van 2 oktober 1997, *Trb.* 1998, 11 en *PbEG* 1997, C 340/1.

16 Verdrag van Nice houdende wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie, de Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen en sommige bijbehorende akten van 26 februari 2001, *Trb.* 2001, 47, *PbEG* 2001, C 80.

gemeenschapsrecht'.¹⁷ In de versie van het Verdrag van Lissabon¹⁸ luidt thans art. 6 VEU¹⁹ als volgt:

“1. De Unie erkent de rechten, vrijheden en beginselen die zijn vastgesteld in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, als aangepast op 12 december 2007 te Straatsburg, dat dezelfde juridische waarde als de Verdragen heeft. De bepalingen van het Handvest houden geenszins een verruiming in van de bevoegdheden van de Unie zoals bepaald bij de Verdragen. De rechten, vrijheden en beginselen van het Handvest worden uitgelegd overeenkomstig de algemene bepalingen van titel VII van het Handvest betreffende de uitlegging en toepassing ervan, waarbij de in het Handvest bedoelde toelichtingen, waarin de bronnen van deze bepalingen vermeld zijn, terdege in acht genomen worden.

2. De Unie treedt toe tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden. Die toetreding wijzigt de bevoegdheden van de Unie, zoals bepaald in de Verdragen, niet.

3. De grondrechten, zoals zij worden gewaarborgd door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben, maken als algemene beginselen deel uit van het recht van de Unie.’

Het in art. 6 VEU bedoelde Handvest van de grondrechten van de Europese Unie²⁰ bevat in art. 21 lid 1, een algemeen discriminatieverbod (*‘Iedere discriminatie, met name op grond van geslacht (...) is verboden.’*), volgens

de Toelichtingen geïnspireerd op art. 13 VEG (nu vervangen door art. 19 VWEU²¹) en art. 14 EVRM alsmede op art. 11 van het Verdrag inzake de rechten van de mens en de biogeneeskunde wat het genetisch erfgoed betreft. Art. 23, eerste alinea, van het Handvest bevat het gebod van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*‘De gelijkheid van vrouwen en mannen moet worden gewaarborgd op alle gebieden, met inbegrip van werkgelegenheid, beroep en beloning.(...)’*). Blijkens de Toelichtingen is deze alinea gebaseerd op art. 2 en 3 lid 2, VEG, nu vervangen door art. 3 VEU en art. 8 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (sinds het Verdrag van Lissabon de nieuwe naam van het VEG, hierna: ‘VWEU’²²), waarin de Unie tot taak wordt gesteld de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen²⁴, en op art. 157 lid 1 VWEU (voorheen art. 141 (daarvoor 119) VEG).²⁵ Terwijl art. 157 lid 1 VWEU het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op een specifiek gebied invoert, bevat art. 19 lid 1 VWEU een machtiging voor de Raad, die deze moet gebruiken met inachtneming van met name art. 3 lid 3 VEU. Anders dan in art. 14 EVRM en art. 26 IVBPR is de bescherming hier dus indirect, immers geformuleerd als opdracht aan de verdragsinstellingen of lidstaten om maatregelen te nemen, zoals de hierna te bespreken richtlijn.²⁶

] Richtlijn 2004/113/EG

Na eerdere richtlijnen op basis van art. 119 VEG (thans art. 157 VWEU) ter bevordering van de gelijkheid van mannen en vrouwen op het gebied van arbeid en beroep, dus op de arbeidsmarkt²⁷, heeft deze op art. 13 lid 1 VEG (thans art. 19 lid 1, VWEU) gebaseerde richtlijn

¹⁷ Zie art. F lid 2, Verdrag van Maastricht. Door art. 1 onder 8 Verdrag van Amsterdam is daaraan toegevoegd: ‘De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben.’ Zie daarover: H.G. Schermers, ‘Mensenrechten in het Verdrag van Amsterdam’, *NJB* 1999, p. 715-720. Door art. 1 Verdrag van Nice is de procedure versterkt voor de detectie en bestrijding van de in art. F vermelde beginselen.

¹⁸ Verdrag van Lissabon van 13 december 2007 tot wijziging van het Verdrag betreffende de Europese Unie en het Verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap, *PbEU* 2007, C 306/1, in werking op 1 december 2009.

¹⁹ *PbEU* 2010, C 83/13.

²⁰ *PbEU* 2010, C 83/389.

²¹ Art. 19 lid 1 VWEU luidt: ‘Onverminderd de andere bepalingen van de Verdragen, kan de Raad, binnen de grenzen van de door de Verdragen aan de Unie verleende bevoegdheden, met eenparigheid van stemmen, volgens een bijzondere wetgevingsprocedure, op voorstel van de Commissie en na goedkeuring door het Europees Parlement, passende maatregelen nemen om discriminatie op grond van geslacht, ras of etnische afstamming, godsdienst of overtuiging, handicap, leeftijd of seksuele geaardheid te bestrijden.’

²² *PbEU* 2010, C 83.

²³ Het VEU en het VWEU vormen de Verdragen waarop de Unie is gegrondvest. Zij hebben dezelfde juridische waarde (art. 1 VEU).

²⁴ Art. 3 lid 3 VEU luidt, voor zover hier van belang: ‘De Unie bestrijdt sociale uitsluiting en discriminatie, en bevordert sociale rechtvaardigheid en bescherming, de gelijkheid van vrouwen en mannen, de solidariteit tussen generaties en de bescherming van de rechten van het kind.’ Art. 8 VWEU luidt: ‘Bij elk optreden streeft de Unie ernaar de ongelijkheden tussen mannen en vrouwen op te heffen en de gelijkheid van mannen en vrouwen te bevorderen.’

²⁵ Art. 157 lid 1 VWEU luidt: ‘Iedere lidstaat draagt er zorg voor dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast.’

²⁶ Als rechtshandeling van de Unie is een richtlijn verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen (art. 288 VWEU).

²⁷ Zie onder meer Richtlijn 76/207/EEG van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden, *PbEG* 1976, L 39/40 en Richtlijn 86/378/EEG van de Raad van 24 juli 1986 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in ondernemings- en sectoriële regelingen inzake sociale zekerheid, *PbEG* 1986, L 225/40, welke richtlijnen met andere richtlijnen en wijzigingsrichtlijnen zijn samengevoegd in Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204/23. Zie ook Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, *PbEG* 2000, L 303/16.

tot doel een kader te creëren voor de bestrijding van discriminatie op grond van geslacht op markten voor goederen en diensten (art. 1).²⁸ Onder diensten wordt verstaan diensten in de zin van art. 57 VWEU.²⁹ Daartoe behoren verzekeringen en pensioenen 'die berusten op een particuliere, vrijwillige en los van de arbeidsbetrekking staande grondslag'.³⁰ Voor de toepassing van de richtlijn houdt het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in dat zowel directe als indirecte discriminatie op grond van geslacht verboden zijn (art. 4 lid 1). Van *directe discriminatie* is sprake wanneer iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie wordt, is of zou worden behandeld (art. 2). Verschillen tussen mannen en vrouwen bij de levering van diensten op het gebied van de gezondheidszorg die op fysieke verschillen tussen man en vrouw terug te voeren zijn, houden bijvoorbeeld geen verband met vergelijkbare situaties en vormen derhalve geen (directe) discriminatie.³¹ Wel een vorm van directe discriminatie is het ongunstiger behandelen van vrouwen wegens zwangerschap of moederschap. De kosten in verband met deze risico's mogen derhalve niet aan de leden van één geslacht worden toegerekend.³² *Indirecte discriminatie* is aanwezig wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 2). Voor diensten waarbij gebruik wordt gemaakt van actuariële factoren, zoals bij sommige verzekeringen het geval is, geeft art. 5 lid 1, als hoofdregel:

"dat, in alle nieuwe contracten die na 21 december 2007 worden gesloten, het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen (...) niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen."

Lid 2 van dat artikel laat een uitzondering toe op de hoofdregel voor:

"proportionele verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen (...) in de gevallen waarin sekse een bepalende factor is bij de beoorde-

ling van het risico op basis van relevante en nauwkeurige actuariële en statistische gegevens."

De hoofdregel geldt uitsluitend voor nieuwe contracten die na de omzettingsdatum van de richtlijn³³ zijn gesloten 'om een plotse herordening van de markt te voorkomen', immers 'het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren is wijdverspreid'.³⁴ De uitzondering op de hoofdregel wordt in punt 19 van de considerans als volgt toegelicht:

"Sommige risicocategorieën kunnen per sekse verschillen. In sommige gevallen is sekse een, maar niet noodzakelijk de enige, bepalende factor in de beoordeling van het te verzekeren risico. Voor overeenkomsten ter verzekering van een dergelijk risico kunnen de lidstaten besluiten uitzonderingen op de regel van sekseneutrale premies en uitkeringen toe te staan, mits zij ervoor kunnen zorgen dat de onderliggende actuariële statistische gegevens waarop de berekeningen gebaseerd zijn, betrouwbaar zijn, regelmatig geactualiseerd worden en voor het publiek beschikbaar zijn. (...) "

] Het arrest *Test-Aankoop*

Het Hof stelt vast dat de verwijzende rechter in wezen wenst te vernemen of art. 5 lid 2, van richtlijn 2004/113 geldig is, gelet op het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen (r.o. 15). Die geldigheid moet, gelet op de desbetreffende verwijzing in punt 4 van de considerans van de richtlijn, worden getoetst aan art. 21 en 23 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie (r.o. 17). Aangezien art. 19 lid 1 VWEU voorschrijft dat de Raad passende maatregelen kan nemen ter bestrijding van discriminatie, gaat het Hof eerst na of van die bevoegdheid gebruik is gemaakt met inachtname van het bepaalde in de artikelen 3 lid 3, en 8 VEU. Het hof overweegt:

"20 Bij de geleidelijke totstandbrenging van deze gelijkheid bepaalt de Uniewetgever, gelet op de bij artikel 3, lid 3, tweede alinea, VEU en artikel 8 VEU aan de Unie opgedragen taak, op welk tijdstip hij handelt, en houdt hij daarbij rekening met

²⁸ Zie over deze richtlijn o.m. C. Van Schoubroeck, Y. Thiery, Juridische grenzen aan classificatie in verzekeringen, in: C. Van Schoubroeck en H. Cousy (eds.), *Discriminatie in Verzekering – Discrimination et Assurance*, Antwerpen: Maklu 2007, p. 137-205.

²⁹ Art. 57 VWEU luidt: 'In de zin van de Verdragen worden als diensten beschouwd de dienstverrichtingen welke gewoonlijk tegen vergoeding geschieden, voor zover de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen, kapitaal en personen op deze dienstverrichtingen niet van toepassing zijn. De diensten omvatten met name werkzaamheden: a) van industriële aard, b) van commerciële aard, c) van het ambacht, d) van de vrije beroepen. Onverminderd de bepalingen van het hoofdstuk betreffende het recht van vestiging, kan degene die de diensten verricht, daartoe zijn werkzaamheden tijdelijk uitoefenen in de lidstaat waar de dienst wordt verricht, onder dezelfde voorwaarden als die welke die staat aan zijn eigen onderdanen oplegt.'

³⁰ Punt 15 van de considerans juncto art. 3.

³¹ Punt 12 van de considerans.

³² Punt 20 van de considerans. Vgl. M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Is er sprake van discriminatie bij de arbeidsongeschiktheidsverzekering ten opzichte van zwangere vrouwen?', *AV&S* 2008, p. 278 e.v.; J.H. Wansink, M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Verzekering en discriminatie bij zwangerschaps- en bevallingsuitkering', *Het Verzekerings-Archief* 2008, p. 99-106. Zie in verband met de acceptatievrijheid van de verzekeraar: J.H. Wansink, N. van Tiggele-van der Velde en F.R. Salomons, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, deel 7-IX* Bijzondere overeenkomsten: Verzekering*, Deventer: Kluwer 2012, 170.

³³ 21 december 2007 (art. 17).

³⁴ Punt 18 van de considerans.

de ontwikkeling van de economische en sociale situatie in de Unie.

21 Een dergelijk handelen, wanneer daartoe wordt beslist, moet het nagestreefde doel evenwel coherent verwezenlijken, hetgeen niet de mogelijkheid uitsluit te voorzien in overgangperiodes of uitzonderingen van beperkte draagwijdte.

22 Zoals wordt vastgesteld in punt 18 van de considerans van richtlijn 2004/113, was het gebruik van seksegerelateerde factoren wijdverspreid bij het verlenen van verzekeringsdiensten ten tijde van de vaststelling van deze richtlijn.

23 De Uniewetgever kon het beginsel van gelijkheid van vrouwen en mannen, meer bepaald de toepassing van de regel van unisekspremies en -uitkeringen, dus geleidelijk met passende overgangperiodes ingang doen vinden.

24 In die zin bepaalde de Uniewetgever in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2004/113 dat de uit het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen voortvloeiende verschillen uiterlijk op 21 december 2007 moesten zijn weggevoerd.

Dan komt de uitzonderingsbepaling van het tweede lid van art. 5 aan de orde. De richtlijn voorziet in een toetsing vijf jaar na 21 december 2007 (dus op 21 december 2012) van de wijze waarop de betrokken lidstaten van die uitzonderingsmogelijkheid gebruik hebben gemaakt. Aangezien de richtlijn niet preciseert hoe lang de verschillen mogen duren, kunnen, aldus het Hof, de lidstaten 'de verzekeraars de toepassing van deze ongelijke behandeling zonder tijdslimiet toestaan' (r.o. 26). Zou een rechtvaardiging voor die ongelimiteerde uitzondering misschien kunnen worden gevonden in de omstandigheid dat mannen en vrouwen statistisch gezien een niet-gelijke levensverwachting hebben en dus een ongelijk risico vormen in verzekeringstechnische zin (waardoor de situatie van mannelijke en vrouwelijke verzekeringnemers niet vergelijkbaar is), zoals een van de procespartijen heeft aangevoerd? Blijkens rechtsoverweging 29 benadrukt het Hof evenwel:

“dat de vergelijkbaarheid van situaties moet worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de handeling van de Unie die het betrokken onderscheid invoert (...). In casu voert artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 dit onderscheid in.”

Het Hof vervolgt dan (r.o. 30, eerste gedeelte):

“Vast staat dat richtlijn 2004/113 in de sector van de verzekeringsdiensten zoals blijkt uit artikel 5, lid 1, ervan de toepassing van unisekspremies en -uitkeringen tot doel heeft. In punt 18 van de considerans van deze richtlijn wordt uitdrukkelijk verklaard dat om de gelijke behandeling van mannen en vrouwen te waarborgen het gebruik van seksegerelateerde actuariële factoren niet mag resulteren in verschillen tussen de premies en uitkeringen van verzekerden. Volgens punt 19 van de considerans van deze richtlijn is de aan de lidstaten verleende

mogelijkheid om de regel van de unisekspremies en -uitkeringen niet toe te passen een “uitzondering”.”

Het Hof concludeert:

“30 (...) Richtlijn 2004/113 gaat voor de toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de zin van de artikelen 21 en 23 van het Handvest dus uit van de vergelijkbaarheid van de respectieve situaties van vrouwen en mannen inzake premies en uitkeringen van door hen aangegane verzekeringen.

31 In deze omstandigheden bestaat het gevaar dat de uitzondering op de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de zin van artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 naar Unierecht onbeperkt toegestaan blijft.

32 Een dergelijke bepaling, die de betrokken lidstaten toestaat een uitzondering op de regel van unisekspremies en -uitkeringen zonder beperking in de tijd te handhaven, is in strijd met de verwezenlijking van het door richtlijn 2004/113 nagestreefde doel van gelijke behandeling van vrouwen en mannen en onverenigbaar met de artikelen 21 en 23 van het Handvest.

33 Bijgevolg moet deze bepaling ongeldig worden geacht bij het verstrijken van een passende overgangperiode.

34 Gelet op al het voorgaande dient op de eerste vraag te worden geantwoord dat artikel 5, lid 2, van richtlijn 2004/113 met ingang van 21 december 2012 ongeldig is.”

J Commentaar

Het arrest is enerzijds baanbrekend in die zin, dat het een eind maakt aan het wijdverspreide gebruik van een in de verzekeringspraktijk belangrijk geachte risicofactor bij de premiecalculatie voor individuele verzekeringen (inclusief pensioenverzekeringen) in de EU. Dat geldt voor alle verzekeringen en pensioenen waarvan de acceptatie is gebaseerd op actuariële factoren. De verzekeringspremie en -uitkering mogen niet langer worden afgestemd op de op statistieken gebaseerde aanname van een (gemiddeld) langere levensverwachting van vrouwen. Anderzijds stelt het arrest teleur. Het Hof geeft niet een volledige uitwerking aan de gestelde vraag: is de uitzonderingsbepaling in strijd met het beginsel van gelijke behandeling. Gelet op rechtsoverweging 32 beperkt het hof de vraag tot: is een uitzondering zonder tijdslimiet geldig. Daardoor blijft onbeantwoord de vraag of de uitzondering als zodanig geldig is. Dat het Hof impliciet aan die geldigheid twijfelt, lijkt te volgen uit de rechtsoverwegingen 20 tot en met 24. Met de in art. 5 lid 1, van richtlijn 2004/113 voorziene overgangperiode is immers reeds rekening gehouden met de bestaande praktijk. Een verdergaande faciliteit voor aanpassing zal dan direct conflicteren met het discriminatieverbod, hetgeen zou betekenen dat art. 5 lid 2, *ab initio* ongeldig had moeten worden verklaard, met de mogelijkheid om bij wijze van rechterlijk overgangsrecht de gevolgen van het arrest pas te laten werken vanaf bijvoorbeeld de in art. 5 lid 1, ver-

melde datum³⁵, of vanaf de datum van het arrest, dan wel drie jaren nadien, zoals de advocaat-generaal wenste.³⁶ Het Hof omzeilt die aspecten van de vraag. In de rechts-overwegingen 33 en 34 geeft het Hof geen beslissing met betrekking tot de geldigheid van de uitzonderingsbepaling, maar doet het wat de wetgever had behoren te doen: het vult een lacune op door een limiet aan de uitzonderingsbepaling te stellen, een expiratedatum voor de gelding. Omineus is dat de uitzonderingsbepaling in het oorspronkelijk voorstel van de Commissie niet voorkwam.³⁷ Dat die bepaling niet past in de systematiek van de richtlijn, kan worden afgeleid uit de considerans. Naar luid van punt 19 van de considerans zal art. 5 lid 2, van de richtlijn slechts van toepassing zijn 'voor zover de regel van seksneutraliteit nog niet in de nationale wetgeving wordt toegepast'. De advocaat-generaal merkt in haar Conclusie op: 'Aldus leidt de bepaling ertoe dat in sommige lidstaten mannen en vrouwen verschillend mogen worden behandeld met betrekking tot een verzekeringsproduct, terwijl zij in andere lidstaten met betrekking tot hetzelfde verzekeringsproduct gelijk dienen te worden behandeld. Dat een dergelijke rechtssituatie voortvloeit uit het in het Unierecht neergelegde beginsel van gelijke behandeling, is moeilijk te begrijpen'³⁸. Ten slotte wijs ik erop dat het Hof weliswaar een expiratedatum vaststelt, maar niet lijkt aan te geven welke betekenis zijn oordeel heeft voor premies en uitkeringen van lopende contracten. Daarop zal ik aan het slot van het artikel ingaan bij de vraag naar de doorwerking van het arrest in de Nederlandse rechtsorde.

] Conclusie A-G

De advocaat-generaal toetste wel art. 5 lid 2, van de richtlijn als zodanig aan het als grondrecht neergelegde verbod van discriminatie op grond van geslacht. Daartoe onderzocht zij eerst of sprake was van discriminatie, en vervolgens of die kon worden gerechtvaardigd. Haar bevindingen waren negatief, en zij gaf het Hof in overweging het artikellid ongeldig te verklaren wegens schending van dat verbod.³⁹ Hierna volgen de hoofdpunten van haar betoog.

] Gelijke gevallen?

Anders dan het hof – dat in rechtsoverweging 30, geleet op art. 5 lid 1, van de richtlijn, als gegeven beschouwt dat de situaties van mannen en vrouwen niet verschillen – gaat de advocaat-generaal in haar Conclusie voor het arrest wel in op de vraag of de situaties waarin mannen en vrouwen zich bevinden met betrekking tot verzekeringsdiensten, zich van elkaar kunnen onderscheiden op rechtens relevante wijze. Zij meent dat met name de in art. 21 lid 1, van het Handvest van de grondrechten neergelegde specifieke discriminatieverboden dwingen tot de conclusie dat bij de actuariële berekening van premies en uitkeringen geen gegevens mogen worden betrokken verkregen uit vergelijking van de levenskansen van groepen mannen en vrouwen. 'In een rechtsunie, die eerbied voor de menselijke waardigheid, eerbiediging van de mensenrechten, gelijkheid en non-discriminatie tot haar belangrijkste beginselen heeft uitgeroepen, zou het zonder enige twijfel uitermate ongepast zijn, wanneer bijvoorbeeld in het kader van de ziekteverzekering een verschillend risico op huidkanker in verband wordt gebracht met de huidskleur van de verzekerde en derhalve een hogere of lagere premie van hem wordt verlangd. Evenmin is het passend verzekeringsrisico's te koppelen aan het geslacht van een persoon. Er is geen objectieve reden om aan te nemen dat in het kader van het Unierecht het verbod van discriminatie op grond van geslacht een geringere bescherming biedt dan het verbod van discriminatie op grond van ras of etnische afkomst. Net als ras en etnische afkomst is het geslacht immers een kenmerk dat onlosmakelijk verbonden is met de persoon van de verzekerde en waarop deze geen enkele invloed heeft. Bovendien is het geslacht van een persoon, anders dan bijvoorbeeld zijn leeftijd⁴⁰, niet onderhevig aan natuurlijke veranderingen. Het is bijgevolg volstrekt logisch dat de Raad in art. 5 lid 1, van richtlijn 2004/113 het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van verzekeringspremies en -uitkeringen principieel verboden heeft. Zelfs de kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap mogen, hoewel die om duidelijke biologische redenen enkel bij vrouwen kunnen voorkomen⁴¹, volgens art. 5 lid 3, van richtlijn 2004/113 in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor mannelijke en vrouwelijke verzekerden leiden.'⁴² Hoewel het beginsel van gelijke behandeling

35 21 december 2007, drie jaren na de datum van de inwerkingtreding van de richtlijn.

36 Punt 80 van de Conclusie van advocaat-generaal Kokott van 30 september 2010 in zaak C-236 (*Test-Aankoop*), n.n.g.

37 Doc. COM(2003)1657 def. Zie daarover o.m. E. Lutjens, a.w., p. 288-289; Y. Thiery, 'Het Test-Achats arrest van het Hof van Justitie: enige hangijzers en richtsnoeren', in: C. Van Schoubroeck, I. Samoy en S. Stijns (eds.), *Themis 8-Aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht (Cahier 72)*, Brugge: Die Keure 2011, p. 31-50 (42); A. Eleveld, 'Arbeidsongeschiktheid en zwangerschap in de particuliere arbeidsongeschiktheidsverzekering', *AV&S* 2007, p. 119-125 (m.n. 123-124).

38 Punt 23 Conclusie A-G.

39 Punt 70 Conclusie A-G. Zie over deze Conclusie o.a. Y. Thiery, 'Discriminatie en verzekering', Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011, p. 679-687.

40 Leeftijd is weliswaar ook een kenmerk dat onlosmakelijk verbonden is met de persoon, maar ieder mens doorloopt in zijn leven verschillende leeftijdsklassen. Wanneer aldus verzekeringspremies en -uitkeringen volgens leeftijd verschillend worden berekend, dient op zich beschouwd nog niet te worden gevreesd voor een benadeling van de verzekerde als persoon. Iedereen kan in de loop van zijn leven afhankelijk van zijn leeftijd in aanmerking komen voor verzekeringsproducten die voor hem voordeliger of minder voordelig zijn.

41 Dat mannelijke verzekerden moeten meebetalen aan de financiering van de kosten inzake zwangerschap en moederschap, is gerechtvaardigd op grond van het beginsel dat degene die het veroorzaakt, hiervoor dient op te komen: weliswaar kunnen enkel vrouwen zwanger worden, maar bij elke zwangerschap is ook een man betrokken.

42 Punten 49-51 Conclusie A-G.

van mannen en vrouwen geen absoluut grondrecht is, en binnen beperkte grenzen rechtvaardiging van directe discriminatie mogelijk is⁴³, kan daarvan bij verzekerin-gen volgens de advocaat-generaal reeds om de genoemde redenen geen sprake zijn. Gelet op de argumentatie, zou ik – met het Hof en de advocaat-generaal – van dit gege-ven verder willen uitgaan.⁴⁴

] Statistiek als rechtvaardiging voor discriminatie?

Niettemin onderzoekt de advocaat-generaal de vraag of bij de ontwikkeling van verzekeringsproducten er wellicht een rechtvaardiging is voor een verschillende behandeling van mannelijke en vrouwelijke verzekerden, op grond van verschillen tussen personen die statistisch met hun geslacht in verband kunnen worden gebracht. In de procedure voor het Hof werden daarvoor als argu-menten aangevoerd dat vrouwen, statistisch gezien, een langere levensverwachting dan mannen hebben, dat ern-stige verkeersongevallen, statistisch gezien, vaker door mannen dan door vrouwen worden veroorzaakt, en dat met betrekking tot particuliere ziektekostenverzekerin-gen vrouwen, statistisch gezien, meer een beroep doen op medische prestaties dan mannen.⁴⁵ Uit de arresten *Neath* en *Coloroll Pension Trustees*⁴⁶ leidt de advocaat-generaal af dat in het kader van het Unierecht het verbod van dis-criminatie op grond van geslacht eraan in de weg staat dat bij de beoordeling van verzekeringsrisico's rekening wordt gehouden met verschillen tussen mannen en vrou-wen die louter blijken uit statistieken.⁴⁷ 'Binnen de wer-kingssfeer van de in het Unierecht neergelegde discrimi-natieverboden kunnen statistische gegevens volgens vaste rechtspraak weliswaar wijzen op het bestaan van *indirecte discriminatie*, maar het Hof lijkt evenwel statistieken nog nooit te hebben aanvaard als enige aanknopingspunt – en dus uiteindelijk als rechtvaardigingsgrond – voor *directe ongelijke behandeling*. Deze terughoudendheid van het Hof kan verband houden met de zeer belangrijke plaats van het verbod van discriminatie op grond van geslacht in het Unierecht. Afgezien van specifieke maatregelen ten gunste van ingezetenen van een benadeelde groep ('positieve discriminatie')⁴⁸, is directe ongelijke behan-deling op grond van geslacht alleen toegelaten wanneer met zekerheid kan worden vastgesteld dat relevante ver-schillen tussen mannen en vrouwen een dergelijke onge-lijke behandeling vereisen. Juist deze zekerheid ontbreekt evenwel wanneer verzekeringspremies en -uitkeringen enkel of minstens op doorslaggevende wijze op basis van statistieken voor mannen en vrouwen verschillend wor-den berekend. Er wordt dan globaal verondersteld dat de – louter statistisch aan het licht komende – verschillende

levensverwachting van mannelijke en vrouwelijke verze-kerden, hun verschillende bereidheid tot het nemen van risico's in het wegverkeer en hun verschillende aandrang tot gebruikmaking van medische prestaties, op doorslag-gevende wijze kunnen worden toegeschreven aan hun geslacht. In werkelijkheid spelen evenwel, zoals Test-Aankoop heeft aangevoerd zonder op dit punt te worden weersproken, talrijke andere factoren een belangrijke rol bij de beoordeling van bovengenoemde verzekeringsri-sico's. Zo wordt bijvoorbeeld de levensverwachting van verzekerden, die in casu vooral aan de orde is, sterk beïn-vloed door economische en sociale omstandigheden en door de levensgewoonten van elk individu (bijvoorbeeld aard en omvang van de uitgeoefende beroepsactiviteit, familiaal kader en sociaal milieu, voedingsgewoonten, gebruik van genotmiddelen en/of drugs, vrijetijdsbeste-ding, sportbeoefening). Gelet op de maatschappelijke ontwikkeling en het daarmee gepaard gaande verlies aan betekenis van de traditionele rolpatronen, kan de invloed van gedragsgebonden factoren op de gezondheid en de levensverwachting van een persoon niet meer eenduidig met het geslacht in verband worden gebracht. Om slechts enkele van de hierboven genoemde voorbeelden te herne-men: zowel vrouwen als mannen verrichten tegenwoordig veeleisende en soms uiterst stresserende beroepsactivitei-ten, leden van beide seksen gebruiken in niet onbelang-rijke mate genotmiddelen en ook de aard en omvang van sportbeoefening kan niet van meet af aan met het ene of het andere geslacht in verband worden gebracht.⁴⁹ Ook op deze gronden is dus – naar mijn mening terecht – een uitzondering niet gerechtvaardigd.⁵⁰

] Financiële overwegingen als rechtvaardiging voor discriminatie?

De advocaat-generaal merkt nog op 'dat diffe-rentiatie op grond van geslacht bijzonder gemakkelijk te verwezenlijken is op het gebied van verzekeringsproduc-ten. Het juiste begrip en de correcte beoordeling van eco-nomische en sociale omstandigheden en van de levens-gewoonten van verzekerden zijn heel wat ingewikkelder en zijn ook moeilijker te controleren, vooral omdat deze factoren in de loop van de tijd onderhevig kunnen zijn aan wijzigingen. Praktische moeilijkheden alleen recht-vaardigen evenwel niet dat tot op zekere hoogte gemak-shalve gebruik wordt gemaakt van het geslacht van de ver-zekerde als onderscheidingscriterium. Dat het geslacht van een persoon als het ware als *vervangingscriterium* voor andere onderscheidende factoren wordt gebruikt, is onverenigbaar met het beginsel van gelijke behande-ling van mannen en vrouwen. Op die manier kan immers

43 Punten 36-37 Conclusie A-G.

44 Vgl. Y. Thiery, 'Discriminatie en verzekering', a.w., p. 592.

45 Punt 53 Conclusie A-G.

46 Arresten van 22 december 1993, zaak C-152/91 (*Neath/Steeper Ltd.*), Jur. 1993, p. I-6935, en 28 september 1994, zaak C-200/91 (*Coloroll Pension Trustees Ltd./Russell e.a.*), Jur. 1994, p. I-4389.

47 Punt 57 Conclusie A-G.

48 Zie art. 3 lid 3, tweede alinea, VEU, art. 8 VWEU en art. 157 lid 4, VWEU.

49 Punten 59-63 Conclusie A-G.

50 Zie reeds in gelijke zin: A. Soeteman, 'Verzekering en discriminatie, preadvies Vereniging voor Verzekeringswetenschap', *Het Verzekerings-Archief* 1991, p. 259-270 en 298; Y. Thiery, 'Discriminatie en verzekering', a.w., p. 625 e.v.

niet met zekerheid worden vastgesteld dat onderscheiden verzekeringspremies en –uitkeringen voor mannelijke en vrouwelijke verzekerden uitsluitend zijn gebaseerd op objectieve criteria die niets te maken hebben met discriminatie op grond van geslacht. Zuiver financiële overwegingen, zoals het door meerdere partijen aangevoerde gevaar van een verhoging van de premies voor een deel van de verzekerden of zelfs voor alle verzekerden, vormen in elk geval geen objectieve grond waardoor ongelijke behandeling op grond van geslacht toegelaten is. Bovendien ligt het voor de hand aan te nemen dat bij gebreke van een uitzonderingsbepaling als art. 5 lid 2, van richtlijn 2004/113 de premies voor sommige verzekerden hoger zouden zijn dan momenteel het geval is; normaliter moeten daar evenwel lagere premies voor verzekerden van het andere geslacht tegenover staan. In elk geval heeft geen van de partijen aangevoerd dat bij invoering van zogenaamde unisekstarieven een ernstig gevaar voor het financiële evenwicht van particuliere verzekeringsregelingen zou ontstaan.⁵¹ Eventueel afgezien van ‘een ernstig gevaar’ ziet de advocaat-generaal in de bovengenoemde omstandigheden evenmin een rechtvaardiging voor discriminatie bij verzekeringen in de vorm van op geslacht gebaseerde actuariële factoren.⁵² Een standpunt dat door mij wordt gesteund.

] De actuariële dimensie: een intermezzo

Terecht heeft de advocaat-generaal opgemerkt dat gelet op de maatschappelijke ontwikkeling en het daarmee gepaard gaande verlies aan betekenis van traditionele rolpatronen, de invloed van gedragsgebonden factoren op de gezondheid en de levensverwachting van een persoon niet meer eenduidig met het geslacht in verband kunnen worden gebracht.⁵³ Het gebruik van overlevings- tafels naar geslacht bij de acceptatie zal voor verzekeraars als vervangingscriterium inderdaad gemakkelijker en goedkoper zijn dan een individuele beoordeling van eco-

nomische en sociale omstandigheden en van levensgewoonten van aspirant-verzekerden. Dit roept de vraag op of verzekeraars door het arrest *Test-Aankoop* voor grote problemen worden gesteld, zoals wel is verkondigd.⁵⁴ Aannemelijk is dat de (externe) betekenis van de risicofactor geslacht voor verzekeraars in de praktijk al geruime tijd tanende is. Daartoe zal ik in een kort intermezzo de actuariële dimensie belichten.

Een verzekeraar die zijn bedrijf maakt van het overnemen van risico's dient met het oog op de bedrijfscontinuïteit de premiestelling voor zijn producten af te stemmen op de aard van de risico's. De risico's plegen te worden ingedeeld naar homogene risicogroepen. Homogeniteit per risicogroep is een van de eisen die voortvloeien uit het voorspelbaar maken van toekomstige schade, en is gewenst voor toepasbaarheid van de wet van de grote aantallen. Met homogeniteit wordt bedoeld dat er per verzekering gelijke kansen zijn betreffende het optreden van schade.⁵⁵ Iedere persoon binnen dezelfde risicogroep heeft naar verwachting hetzelfde overlijdensrisico. De toewijzing van een aangeboden risico aan een risicogroep vindt plaats door risico-inschatting op basis van risicofactoren. Het gaat hierbij om gegevens van de te verzekeren persoon, zoals leeftijd, geslacht, gezondheidstoestand, leefgewoonten. Leeftijd was lange tijd de enige factor die gebruikt werd. Later is daar geslacht bijgekomen, en recent de risicofactor al dan niet roken.⁵⁶ Door gegevens over gezondheidstoestand en gedrag (beroep, sociale status, rookgedrag, alcoholgebruik) krijgt de verzekeraar inzicht in eventuele afwijkingen van het aangeboden overlijdensrisico ten opzichte van het uit statistieken af te leiden gemiddeld te verwachten overlijdensrisico.⁵⁷ Door het selecteren van risico's, en het toewijzen ervan aan de juiste risicogroepen, kunnen de verwachte (netto) premieontvangsten van verzekerden binnen eenzelfde risicogroep (met de beleggingsopbrengsten) in evenwicht zijn met de uitkeringen die naar verwachting aan deze groep

⁵¹ Punten 66-68 Conclusie A-G.

⁵² Aldus eerder ook A-G Van Gerven in zijn Conclusie van 28 april 1993 in de zaak C-109/91 (*Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*), *Jur.* 1993, p. I-4879, punten 34-39. Zie ook HvEU 11 september 2007, zaak C-227/04 P (*Lindorfer/Raad*), *Jur.* 2007, p. I-6767, r.o. 56-58. Er zijn nog andere 'gevaaren' gesignaleerd: zie over het vermeende antiselectie-effect van hogere premies: W.H. van Boom, 'Insurance Law and Economics: an empirical perspective', in: M. Faure, F. Stephen (eds.), *Essays in the Law and Economics of Regulation – in Honour of Anthony Ogus*, Antwerpen-Oxford-Portland: Intersentia 2008, p. 253-276, en over de gevreesde toeneming van onder sidiërende solidariteit: Y. Thiery, *Discriminatie en verzekering*, a.w., p. 618-619 ('Zo is het voor de verzekeraar vaak gewoon te duur om op basis van andere, meer precieze risicofactoren te segmenteren. Door vast te houden aan beschermde discriminatiegronden, blijven heel wat verzekerden dan om redenen van kostenefficiëntie geblokkeerd binnen een te hoge risicogroep. Het argument dat het gebruik van bepaalde selectiecriteria leidt tot een vermindering van onder sidiërende solidariteit, zal dan ook kritisch moeten worden onthaald.'). Zie over het gevaar van verzekeringsweigering (onverzekerbaarheid): B. Dubuisson, *Solidarité, segmentation et discrimination en assurances*. Nouveau débat, nouvelles questions, in: J. Kullmann (red.) *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Bigot*, Parijs: L.G.D.J. Lextenso éditions 2010, p. 105-123.

⁵³ Aldus ook Parleani in zijn annotatie van het arrest, *RGDA* 2011, p. 863.

⁵⁴ Zie bijv. Nieuwsbericht Verbond van Verzekeraars 1 maart 2011, <http://www.verzekeraars.nl> (aanpassing van premies betekent een aanzienlijke administratieve last). Anderzijds vermeldt dit bericht dat in vergelijking met veel andere Europese landen het arrest in Nederland een relatief beperkt deel van de verzekeringssector raakt, omdat onderscheid naar geslacht al sinds 1994 bij de meeste verzekeringen niet wordt toegepast.

⁵⁵ H. Wolthuis, 'Risico's bij individuele levensverzekeringen', in: L.A.A. Van den Berghe e.a. (red.), *Heterogeniteit in verzekering, Liber Amicorum G.W. de Wit*, Rotterdam: Erasmus Insurance Center, Amsterdam: Instituut voor actuariaat & econometrie 1994, p. 438. Vgl. ook P.S. Fluit, *Verzekeringen van solidariteit*, Deventer: Kluwer 2001, p. 35; J.H. Wansink, *Acceptatie en naselectie bij verzekering* (oratie EUR), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 4.

⁵⁶ H. Wolthuis, a.w., p. 449.

⁵⁷ Zie over deze en andere risicofactoren: H. Wolthuis, a.w., p. 453 e.v.

verzekerden moeten worden gedaan (equivalentiebeginsel).⁵⁸ Vereist is dat een classificatiesysteem bedrijfseconomisch hanteerbaar en maatschappelijk acceptabel is.⁵⁹ Voortgaand wetenschappelijk onderzoek leidt tot steeds meer informatie en feitenmateriaal waardoor het gaandeweg mogelijk is geworden en wordt de risicoselectie op een aantal terreinen verder te verfijnen en differentiatie in de premiestelling voor levensverzekeringen aan te brengen.⁶⁰ Twintig jaar geleden zijn reeds uit Amerikaans onderzoek duidelijke verschillen gebleken tussen zware, matige, lichte en niet-rokers⁶¹, en namen levensverzekeraars in toenemende mate niet-rokerstarieven in hun assortiment op. Al in 1997 werd voorspeld: *'Het lijkt geen twijfel dat mogelijkheden van en behoefte aan verdergaande differentiatie in de tarieven van (levens)verzekeraars in de toekomst zullen toenemen. Dat zal vrijwel zeker leiden tot een afname van de solidariteit zoals die momenteel binnen tarieven aanwezig is. Er ontstaat een situatie waarin de verzekeringspremie, nog meer dan voorheen, zal zijn afgestemd op het daadwerkelijke individuele risico.'*⁶²

Verdere premiedifferentiatie heeft evenwel haar bezwaren. De door de te verzekeren persoon te verstrekken gegevens zijn moeilijk te controleren, terwijl bij uitbreiding van risicogroepen de kosten voor de verzekeraar zullen toenemen als gevolg van de meer uitgebreide acceptatieprocedure, uitbreiding van de tarievenstructuur en uitbreiding van de analyse van gegevens ten einde de resultaten (ook) voor nieuwe risicogroepen te kunnen volgen.⁶³ Een ver doorgevoerde en ingewikkelde tarievenstructuur met bijbehorende acceptatieprocedure is bovendien moeilijk uit te leggen aan de klant, en kan de concurrentiepositie op de verzekeringsmarkt nadelig beïnvloeden. Verzekeraars hanteren daarom naar buiten een systeem van beperkte differentiatie, afhankelijk van hun marketingbeleid.⁶⁴

Uit het voorgaande is aannemelijk geworden dat de marktvraag, en dus de concurrentie (marktomstandigheden), reeds lang verzekeraars dwingen tot een verdergaande differentiatie in de tariefstelling. Het statistisch verschil in levensverwachting lijkt nog slechts een vergelijkingsmaatstaf voor een op individuele factoren gebaseerde risicobeoordeling.⁶⁵ Dat betekent mijns inziens dat de advocaat-generaal de betrekkelijke betekenis van de factor geslacht juist heeft ingeschat, en dat ook het arrest *Test-Aankoop* minder schokkend is dan menigeen dacht.⁶⁶ Naar mijn mening laat het arrest toe dat verzekeraars intern de overlevingstafels blijven gebruiken voor berekening van hun technische voorzieningen⁶⁷, mits zij extern een marketingbeleid voeren zonder op geslacht gebaseerde tariefsverschillen. Wolthuis wees in 1994 reeds op de mogelijkheid dat een verzekeraar intern een meer gedetailleerde risicoclassificatie hanteert dan de extern bekende risicoclassificatie, afhankelijk van productklasse en marketingstrategie.⁶⁸ De marktomstandigheden zullen mijns inziens bepalend zijn voor de vraag op welk niveau een verzekeraar die niet langer het op geslacht gebaseerde verschil in levensverwachting tot uiting mag brengen in een premieverschil, zijn tarieven zal vaststellen.

] Richtsnoeren Europese Commissie

De Europese Commissie was er kennelijk niet gerust op dat in alle lidstaten het arrest *Test-Aankoop* op gelijke wijze zou worden uitgelegd en toegepast. Zij heeft, na overleg met nationale overheden, verzekeraars en consumenten, op 22 december 2011 zogenaamde Richtsnoeren⁶⁹ goedgekeurd aan de hand waarvan de verzekeringssector uniforme tarieven voor mannen en vrouwen kan invoeren.⁷⁰ De verschillende onderdelen van die Richtsnoeren zal ik hierna behandelen.

58 B.L. de Boer e.a. (red.), *Solidariteit verzekerd. Inzicht in solidariteit bij levensverzekeringen*, Woerden: Actuarieel Genootschap 1997, p. 36-37; H. Wolthuis, a.w., p. 440.

59 H. Wolthuis, a.w., p. 448.

60 B.L. de Boer e.a., a.w., p. 40; Vgl. ook H. Nijenhuis e.a., 'All men are equal...Verzekeren van chronisch zieken en gehandicapten', *Het Verzekerings-Archief* 2012, p. 43-47.; J.H. Wansink, a.w., p. 4; G.W. de Wit, *Verzekeren: omgaan met risico's en met de toekomst* (oratie EUR 1988), in L.A.A. Van den Berghe e.a., a.w., p. 47.

61 B.L. de Boer e.a., a.w., p. 40.

62 B.L. de Boer e.a., a.w., p. 41.

63 B.L. de Boer e.a., a.w., p. 43.

64 B.L. de Boer e.a., a.w., p. 13-14.

65 Zie ook S. Becher, 'The importance of socialepidemical research of premium calculation of life and pension insurances', *ZVersWiss.* 2011, p. 689.

66 Zie bijv. L. Mayaux, 'Coup de tonnerre: la CJEU prohibe toute discrimination fondée sur le sexe', *JCP, G*, 2011, p. 465.

67 Vgl. W. Eikelboom, D. den Heijer, 'Tafels van onzijdige kunne', *Het Verzekerings-Archief* 1995, p. 147-149, en, in historisch perspectief, T. de Vries, W.J. Zwolve, 'Ulpianus en de actuaristiek van zijn tijd', in: Y.L.L.A.M. Delfos-Roy e.a. (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, p. 97-113.

68 H. Wolthuis, a.w., p. 448.

69 'Richtsnoeren betreffende de toepassing van Richtlijn 2004/113/EG van de Raad op verzekeringen, in het licht van het arrest van het Hof van Justitie van de Europese Unie in zaak C-236/09 (*Test-Aankoop*)', *PbEU* 2012, C 11/1. Deze Richtsnoeren zijn beleidsregels die de Commissie binden, maar niet de lidstaten of de rechter. Zie hierover: G. Parleani, 'Commentaire des lignes directrices de la Commission européenne sur les suites de l'arrêt "Test Achats"', *RGDA* 2012, p. 563-573.

70 Zie persbericht IP/11/1581: 'Europese Commissie helpt Europese verzekeringssector om discriminatie tussen mannen en vrouwen bij verzekeringspremies te vermijden'.

] *Betekenis overgangperiode*

Met ingang van 21 december 2012 moet de hoofregel van art. 5 lid 1, van richtlijn 2004/113 zonder de door het Hof per die datum ongeldig verklaarde uitzonderingsbepaling van het tweede lid worden toegepast. De vraag is gerezen wat dat betekent voor overeenkomsten die vóór die datum zijn gesloten en nog niet zijn beëindigd. Het Hof laat zich daarover in zijn arrest niet uit. De advocaat-generaal adviseert de gevolgen van de ongeldigverklaring alleen voor de toekomst te laten werken in die zin, dat drie jaren na datum arrest de verzekeringspremies en -uitkeringen zowel van bestaande als van nieuwe verzekeringscontracten moeten worden herberekend zonder de factor geslacht. Seksegerelateerde verschillen in premies en uitkeringen dienen niet ter discussie te worden gesteld voor het verleden, maar: 'Het zou niet gerechtvaardigd zijn om gediscrimineerde verzekerden, die in het verleden bijvoorbeeld een levensverzekeringsovereenkomst hebben afgesloten, de hun toekomstige gelijkmaking bestendig te ontzeggen, temeer omdat de looptijd van dergelijke overeenkomsten in vele gevallen nog vele jaren kan zijn.'⁷¹ In het kader van het Unierecht verbiedt het algemene verbod van terugwerkende kracht geenszins, een nieuwe rechtssituatie toe te passen op de toekomstige gevolgen van een bestaande situatie.'⁷² De Europese Commissie legt het arrest evenwel anders uit, blijkens de Richtsnoeren. Volgens haar moet 'de overgangperiode worden geïnterpreteerd in het licht van de doelstelling van de richtlijn die is vastgelegd in artikel 5, lid 1, waarin wordt bepaald dat de regel van seksenutraliteit alleen geldt voor nieuwe contracten die na de uiterste omzettingsdatum van de richtlijn (21 december 2007) worden gesloten. Zoals in overweging 18 van de richtlijn wordt toegelicht, heeft deze bepaling ten doel een plotse herordening van de markt te voorkomen. Het arrest *Test-Aankoop* verandert niets aan deze doelstelling en laat tevens de in artikel 5, lid 1, vervatte bepaling onverlet dat de regel van seksenutraliteit alleen van toepassing is op nieuwe contracten.'⁷³ Het arrest heeft dus volgens de Commissie alleen betekenis voor vanaf 21 december 2012 te sluiten nieuwe contracten. Eerst in die contracten mag het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen niet resulteren in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen. De autonome Unierechtelijke begrippen 'nieuwe contracten' en 'berekening van premies en uitkeringen van individuele personen' van de richtlijn zijn door de Europese Commissie nader toegelicht in de Richtsnoeren. Ik zal die

toelichting aansluitend behandelen. Op de controversiële vraag van de terugwerkende kracht van het arrest zal ik aan het slot van dit artikel ingaan.

] *Nieuwe contracten*

Voor de toepassing van art. 5 lid 1, is een duidelijk onderscheid tussen bestaande en nieuwe contracten vereist, aldus de Commissie.⁷⁴ Het onderscheid moet voldoen aan de eisen van rechtszekerheid, gebaseerd zijn op criteria die niet onnodig afbreuk doen aan bestaande rechten en beantwoorden aan de legitieme verwachtingen van alle partijen. Deze benadering is in overeenstemming met de door de richtlijn nagestreefde doelstelling om een plotse herordening van de markt te voorkomen, door de toepassing van de regel van seksenutraliteit te beperken tot nieuwe contracten. Die in art. 5 lid 1, bedoelde regel is daarom van toepassing wanneer a) een overeenkomst wordt gesloten, of een wijziging in een bestaand contract wordt aangebracht, waarmee alle partijen uitdrukkelijk moeten instemmen, en b) een partij de voor het sluiten van een overeenkomst vereiste instemming laatstelijk heeft gegeven op of na 21 december 2012.⁷⁵ De Commissie noemt als voorbeelden van overeenkomsten die geacht worden *nieuwe contracten* te zijn⁷⁶:

- overeenkomsten die voor het eerst worden gesloten op of na 21 december 2012. Aanbiedingen die vóór 21 december 2012 worden gedaan, maar vanaf die datum worden aanvaard, moeten bijgevolg aan de regel van de seksenutraliteit voldoen;
- overeenkomsten die tussen partijen op of na 21 december 2012 worden gesloten met het oog op de verlenging van vóór die datum gesloten contracten die anders zouden aflopen.

Volgens de Commissie zijn bijvoorbeeld *geen nieuwe contracten*⁷⁷:

- de automatische verlenging van een reeds bestaand contract conform de daarin vervatte voorwaarden indien geen der partijen binnen een bepaalde termijn mededeling van opzegging heeft gedaan;
- de aanpassing van bepaalde elementen van een reeds bestaand contract, zoals een wijziging van de premies, op basis van tevoren vastgestelde parameters, in gevallen waarin voor een dergelijke aanpassing geen uitdrukkelijke instemming van de polishouder is vereist⁷⁸;
- het afsluiten door de polishouder van een polis voor hogere of aanvullende dekking waarvan de voorwaarden reeds zijn overeengekomen in een vóór 21 decem-

71 Dienovereenkomstig laat het Hof ook in zijn arrest van 17 mei 1990, zaak C-262/88 (*Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*), *Jur.* 1990, p. I-1889, r.o. 44, de gevolgen van het arrest niet gelden voor 'rechtssituaties waarvan alle gevolgen in het verleden zijn uitgewerkt'. In dezelfde zin is het zogenaamde 'Barber-protocol' (thans protocol nr. 33 ad artikel 157 VWEU, *PbEU* 2010, C 83/319) opgesteld, waarin enkel uitkeringen worden uitgesloten 'indien en voor zover zij kunnen worden toegerekend aan tijdvakken van arbeid vóór 17 mei 1990', dit wil zeggen vóór de datum van uitspraak van het arrest-Barber.

72 Punten 79-81 Conclusie A-G.

73 Punt 7 Richtsnoeren.

74 Punt 10 Richtsnoeren.

75 Punt 11 Richtsnoeren.

76 Punt 12 Richtsnoeren.

77 Punt 13 Richtsnoeren.

78 Bijv. de verhoging van de premie met een bepaald percentage dat is gebaseerd op de daadwerkelijk ingediende schadeclaims.

ber 2012 gesloten contract, voor zover een dergelijke polis door een eenzijdig besluit van de polishouder van kracht wordt⁷⁹;

- de gewone overdracht van een verzekeringsportefeuille van de ene naar de andere verzekeraar, zonder dat de status van de contracten in die portefeuille wordt gewijzigd.

] Nog toelaatbaar gebruik risicofactor geslacht

Het gebruik van het geslacht van de verzekeringnemer als risicobepalende factor is volgens de Commissie niet algemeen verboden.⁸⁰ Een dergelijk gebruik is in haar visie wel toegestaan bij de berekening van gemiddelde verzekeringspremies en -uitkeringen, zolang dit niet tot een differentiëring op individueel niveau leidt. Ondanks het arrest Test-Aankoop blijft het dus, binnen die grenzen, mogelijk om gegevens met betrekking tot het geslacht van verzekeringnemers of seksegerelateerde gegevens te verzamelen, op te slaan en te gebruiken.⁸¹ Als voorbeelden noemt de Commissie:

- *berekening van reserves en interne prijsstelling.* Verzekeraars mogen ook in de toekomst gegevens met betrekking tot het geslacht van verzekeringnemers verzamelen en gebruiken voor de interne risicobeoordeling, met name om in overeenstemming met de voor het verzekeringsbedrijf geldende solvabiliteitsregels technische voorzieningen te berekenen en de samenstelling van hun portefeuille vanuit het oogpunt van prijsstelling te bewaken;
- *prijsstelling voor herverzekeringen.* Herverzekeringscontracten zijn contracten tussen een verzekeraar en een herverzekeraar. Het blijft in de toekomst mogelijk om het geslacht van verzekeringnemers bij de prijsstelling van herverzekeringsproducten te gebruiken, zolang dit niet tot een differentiëring op individueel niveau leidt;
- *marketing en reclame.* Ingevolge art. 3 lid 3, is de richtlijn niet van toepassing op media- en reclame-inhoud, terwijl art. 5 lid 1, alleen de berekening van de premies en uitkeringen van individuele personen betreft. Daarom kunnen verzekeraars ook in de toekomst gebruik maken van marketing en reclame om de samenstelling van hun portefeuille te beïnvloeden, bijvoorbeeld door

zich in advertenties speciaal tot mannen of vrouwen te richten. Verzekeraars mogen de toegang tot een specifiek product echter niet weigeren op grond van het geslacht van een persoon, tenzij aan de voorwaarden van art. 4 lid 5, is voldaan⁸²;

- *levens- en ziektekostenverzekeringen.* De regel van seksenutraliteit betekent dat premies en uitkeringen voor twee personen die dezelfde verzekeringspolis afsluiten niet uitsluitend op grond van hun respectieve geslacht mogen verschillen. Er zijn echter andere risicofactoren, zoals de gezondheidstoestand of de familiale voorgeschiedenis, op basis waarvan een differentiëring mogelijk is en die door verzekeraars vanwege bepaalde fysieke verschillen tussen de seksen alleen kunnen worden beoordeeld wanneer zij het geslacht van de verzekeringnemers in aanmerking nemen.⁸³

De Commissie is tevens van oordeel⁸⁴ dat verzekeraars, onder de in art. 4 lid 5, gestelde voorwaarden, seksspecifieke verzekeringsproducten (of opties als onderdeel van contracten) kunnen blijven aanbieden die betrekking hebben op aandoeningen die uitsluitend of hoofdzakelijk leden van een bepaald geslacht betreffen⁸⁵. Met betrekking tot zwangerschap en moederschap is dit evenwel uitgesloten op grond van het specifieke solidariteitsmechanisme waarin art. 5 lid 3, voorziet.⁸⁶

] Het gelijkheidsbeginsel nader beschouwd

Het gelijkheidsbeginsel houdt volgens vaste jurisprudentie van het Hof in dat vergelijkbare situaties niet verschillend en verschillende situaties niet gelijk worden behandeld, tenzij een dergelijke behandeling objectief gerechtvaardigd is.⁸⁷ Zo ook de definities van directe en indirecte discriminatie in art. 2 van richtlijn 2004/113: wanneer iemand op grond van geslacht ongunstiger wordt behandeld dan een ander in een vergelijkbare situatie, is er directe discriminatie, en wanneer een ogenschijnlijk neutrale bepaling, maatstaf of handelwijze personen van een bepaald geslacht in vergelijking met personen van het andere geslacht bijzonder benadeelt, is er indirecte discriminatie, tenzij die bepaling, maatstaf of handelwijze objectief wordt gerechtvaardigd door een legitiem doel en

⁷⁹ Bijv. indien de verzekeringnemer het via een levensverzekering belegde bedrag wil verhogen.

⁸⁰ Punt 14 Richtsnoeren.

⁸¹ Gedoeld wordt vermoedelijk op het onderscheid 'commercieel tarief' (het tarief dat aan de verzekeringnemer in rekening wordt gebracht) en 'technisch tarief' (dat de werkelijke kostprijs aangeeft van de dekking die de verzekeraar verleent). Zie daarover A-G Van Gerven, a.w. punt 39, en Y. Thiery, 'Discriminatie en verzekering', a.w., p. 351-352.

⁸² Art. 4 lid 5, luidt: 'Deze richtlijn vormt geen beletsel voor verschillen in behandeling indien de levering van de goederen en diensten aan, uitsluitend of hoofdzakelijk, leden van een bepaald geslacht door een legitiem doel wordt gerechtvaardigd en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.'

⁸³ Zo heeft bijvoorbeeld het feit dat er borstkanker in de familie voorkomt, voor een man niet dezelfde gevolgen voor het gezondheidsrisico als voor een vrouw (voor een goede beoordeling van deze gevolgen is het nodig dat men weet of de persoon in kwestie man of vrouw is). De risicofactor obesitas wordt bepaald aan de hand van de verhouding tussen buik- en heupomvang, die bij vrouwen anders is dan bij mannen. Een uitvoerige lijst van voorbeelden is opgenomen in bijlage 3 bij de Richtsnoeren.

⁸⁴ Punt 15 Richtsnoeren.

⁸⁵ Bijvoorbeeld prostaatkanker, borst- of baarmoederkanker.

⁸⁶ Art. 5 lid 3, luidt: 'Kosten die verband houden met zwangerschap en moederschap, mogen in geen geval tot verschillen in premies en uitkeringen voor individuele personen leiden. De lidstaten kunnen de uitvoering van de maatregelen die noodzakelijk zijn om aan dit lid te voldoen uitstellen tot uiterlijk twee jaar na 21 december 2007. De betrokken lidstaten moeten de Commissie in dat geval onmiddellijk daarvan in kennis stellen.'

⁸⁷ R.o. 28 van het arrest Test-Aankoop; zie verder bijv. arrest in zaak C-127/07 (*Société Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*), Jur. 2008, p. I-9895.

de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn.

De toepassing van risicofactoren die eventueel seksegerelateerd zijn, blijft volgens de Commissie⁸⁸ mogelijk, zolang het om op zichzelf staande risicofactoren gaat.⁸⁹

De regel van seksenneutraliteit speelt voorts alleen een rol in een context waarin de respectieve situaties van mannen en vrouwen vergelijkbaar zijn. De vergelijkbaarheid van situaties moet, indien een wettelijke regeling aanwezig is, worden beoordeeld tegen de achtergrond van het voorwerp en het doel van de desbetreffende regeling.⁹⁰

De regel heeft volgens de Commissie⁹¹ geen betrekking op de toepassing van andere risicobepalende factoren zoals leeftijd en handicap, waarvoor thans geen regeling op Unieniveau bestaat. Dat is volgens haar in overeenstemming met het beginsel van gelijke behandeling, aangezien de situaties in kwestie niet vergelijkbaar zijn en verschillend dienen te worden behandeld (of dat het, ondanks de vergelijkbaarheid van de situaties, objectief gerechtvaardigd is om deze verschillend te behandelen).⁹² Twee personen van verschillende leeftijd bevinden zich niet in vergelijkbare situaties wat een levensverzekering betreft en evenredige verschillen in behandeling die op een gedegen risicobeoordeling zijn gebaseerd, vormen derhalve geen discriminatie.⁹³

J Verzekeringen en bedrijfspensioenen

De gelijke behandeling van vrouwen en mannen met betrekking tot bedrijfspensioenen valt onder Richtlijn 2006/54/EG.⁹⁴ Krachtens art. 8 lid 1, onder c, van die richtlijn zijn van de werkingssfeer daarvan uitdrukkelijk

uitgesloten door werknemers aangegane verzekeringsovereenkomsten waarbij de werkgever geen partij is. Die overeenkomsten vallen onder het bereik van richtlijn 2004/113.

Overeenkomstig art. 9 lid 1, onder h, van Richtlijn 2006/54/EG mogen voor vrouwen en mannen uiteenlopende niveaus voor de prestaties worden vastgesteld wanneer dit op grond van actuariële berekeningsfactoren gerechtvaardigd is. De Commissie is van oordeel⁹⁵ dat het arrest *Test-Aankoop* geen juridische gevolgen voor deze bepaling heeft, die van toepassing is binnen de aparte en duidelijk afgebakende context van bedrijfspensioenen en die bovendien op heel andere wijze is geformuleerd dan art. 5 lid 2, van de richtlijn 2004/113.⁹⁶

J Mededinging

De Commissie laat in de Richtsnoeren ten slotte nog weten⁹⁷ dat zij 'een concurrerende en innovatieve bedrijfstak als de verzekeringssector' wil aansporen om voor de nodige aanpassingen te zorgen en de consument aantrekkelijke seksen neutrale producten aan te bieden, zonder dat het algemene prijsniveau daardoor op ongerechtvaardigde wijze wordt beïnvloed. De Commissie zal de ontwikkelingen op de verzekeringsmarkt op de voet blijven volgen teneinde eventuele ongerechtvaardigde prijsstijgingen naar aanleiding van het arrest *Test-Aankoop* op te sporen, en zal in het geval van vermeend concurrentieverstorend gedrag de beschikbare instrumenten van het mededingingsrecht daarbij betrekken. De huidige groepsvrijstellingsverordening voor de verzekeringssector⁹⁸ voorziet weliswaar in een vrijstelling die het verzekeraars mogelijk maakt onder bepaalde voorwaarden bepaalde soorten gegevens uit te wisselen via gemeen-

88 Punt 17 Richtsnoeren.

89 Zo blijft het op het gebied van motorrijtuigenverzekering bijvoorbeeld mogelijk om op basis van de motorinhoud verschillende premies te berekenen, ook al is het statistisch gezien zo dat mannen in auto's met een groter motorvermogen rijden. Dit is niet het geval als de differentiëring van de premies van de motorrijtuigenverzekering gebaseerd zou zijn op de lichaamslengte of het gewicht van de verzekeringnemer, aldus de Commissie.

90 R.o. 29 van het arrest *Test-Aankoop*.

91 Punt 18 Richtsnoeren.

92 Vgl. over (on)vergelijkbaarheid van situaties bijv. C.W.A. Timmermans, 'Verboden discriminatie en (geboden) differentiatie', *SEW* 1982, p. 425 e.v. (440-442). Zie voor een overzicht van verschillende toetsingsschema's: B.J. Drijber, S. Prechal, 'Gelijke behandeling van mannen en vrouwen in horizontaal perspectief', preadvies NVER 1997, *SEW* 1997, p. 122 e.v. (125-126).

93 Punt 20 Richtsnoeren.

94 Richtlijn 2006/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 juli 2006 betreffende de toepassing van het beginsel van gelijke kansen en gelijke behandeling van mannen en vrouwen in arbeid en beroep (herschikking), *PbEU* 2006, L 204/23.

95 Punt 23 Richtsnoeren.

96 Anders: Kalkman in zijn noot onder het arrest, *PJ* 2011/96. Art. 9 lid 1, aanhef en onder h, van Richtlijn 2006/54/EG luidt: 'Tot de bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling, moeten die worden gerekend welke, direct of indirect, van het geslacht uitgaan om uiteenlopende niveaus voor de prestaties vast te stellen, behoudens voorzover nodig om rekening te houden met naar geslacht verschillende actuariële berekeningsfactoren bij regelingen met vaststaande bijdragen; in het geval van door kapitalisatie gefinancierde regelingen met vaststaande uitkeringsniveaus kunnen bepaalde elementen ongelijk zijn voorzover het verschil tussen de bedragen het gevolg is van het gebruik van naar geslacht verschillende actuariële factoren bij de tenuitvoerlegging van de financiering van de regeling.' Deze Richtlijn is geïmplementeerd in art. 12a-c van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen, art. 7:646 BW en art. 58 e.v. van de Pensioenwet. Zie Lutjens, a.w., p. 287; A.C. Ros en D.J. Kwanten, 2010 (*T&C Pensioenrecht*), art. 58, aant. 1, art. 60, aant. 5 e.v. en art. 61, aant. 4 e.v. Vgl. R.A.C.M. Langemeijer, *Pensioenovereenkomstenrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 78-81; E.M.F. Schols, H.W.L.A. de Lange, *Verboden onderscheid in pensioenregelingen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2003, p. 59-61; Ph.H.J.G. van Huizen, P.M.C. de Lange, *Pensioenverzekering*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 78.

97 Punt 25 Richtsnoeren.

98 Verordening (EU) nr. 267/2010 van de Commissie van 24 maart 2010 betreffende de toepassing van artikel 101 lid 3, van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEU* 2010, L 83/1. Vgl. J.C.M. van der Beek, J. Apon, 'Mededingingsrecht in de verzekeringssector. De nieuwe Europese vrijstelling en het besluit van de NMa over co-assurantiepools', *AV&S* 2011, p. 107-120.

schappelijke compilaties, tabellen en onderzoeken, maar overeenkomsten inzake commerciële premies zijn echter niet vrijgesteld.

] Het beginsel van gelijke behandeling in de Nederlandse wet

Sinds 1983 luidt art. 1 van de Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden⁹⁹:

'Allen die zich in Nederland bevinden, worden in gelijke gevallen gelijk behandeld. Discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook, is niet toegestaan.'

Ter uitwerking van deze norm en ter implementatie van art. 119 VEG en EG-richtlijnen betreffende de gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van arbeid en sociale zekerheid is een reeks wetten tot stand gebracht, zoals de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen¹⁰⁰, de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte¹⁰¹, en de Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid.¹⁰² Voor vrijwel het gehele economisch verkeer geldt de Algemene wet gelijke behandeling (hierna: Awgb).¹⁰³ De Awgb strekt ertoe ter uitwerking van art. 1 Grondwet bescherming te bieden tegen aantasting van de menselijke waardigheid. Het grondrecht op gelijke behandeling en non-discriminatie vloeit voort uit de erkenning van de persoonlijke waardigheid van ieder mens. In een democratische rechtsstaat brengt de daadwerkelijke erkenning van die waardigheid mee, dat een persoon vrijelijk zijn rechten en vrijheden moet kunnen uitoefenen en zich in het maatschappelijk leven moet kunnen bewegen, zonder dat hij wegens persoonlijke kenmerken en eigenschappen, bijvoorbeeld op grond van vooroordelen of gevoeligheden van anderen, wordt achtergesteld.¹⁰⁴ Art. 7 lid 1, bepaalt dat onder meer bij 'het aanbieden van of het

verlenen van toegang tot goederen of diensten en bij het sluiten, uitvoeren of beëindigen van overeenkomsten ter zake' onderscheid is verboden.¹⁰⁵ Dat betreft zowel onderscheid tussen personen op grond van geslacht (direct onderscheid), als onderscheid op grond van andere hoedanigheden of gedragingen, dat direct onderscheid tot gevolg heeft (indirect onderscheid) (art. 1).¹⁰⁶ Art. 2 lid 2, aanhef en onder a, verklaart het verbod van onderscheid op grond van geslacht niet van toepassing 'in gevallen waarin het geslacht bepalend is'. Die 'gevallen' worden nader omschreven in art. 1 van het Besluit gelijke behandeling. Voor zover hier van belang bepaalt art. 1 van dat Besluit:

'Als gevallen waarin het geslacht bepalend is (...) worden aangemerkt die gevallen die behoren tot één of meer van de volgende categorieën:

(...)
h. de verzekering van een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon tegen een van het geslacht van die persoon afhankelijke premie, voor zover het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt (...).

Sedert 1994 is onderscheid naar geslacht verboden in andere verzekeringen dan levensverzekeringen. Datzelfde geldt voor bedrijfspensioenvoorzieningen sedert 17 mei 1990¹⁰⁷ op grond van art. 12a en b van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen.¹⁰⁸

Bij Wet van 21 juli 2007 is de Awgb aangepast aan richtlijn 2004/113. Gelet op het feit dat art. 7 van de wet al een verbod van onderscheid op grond van geslacht voor het terrein van goederen en diensten bevatte, noopte de richtlijn volgens de Nederlandse wetgever niet tot grote aanpassingen.¹⁰⁹ Dat gold ook met betrekking tot art. 5 lid 1, van de richtlijn. In de Memorie van Toelichting wordt daarover opgemerkt: 'Artikel 5, eerste lid, van de richtlijn

⁹⁹ Stb. 2002, 200.

¹⁰⁰ Wet van 1 maart 1980, houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan de richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1976 inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen (*Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen*), Stb. 1980, 86.

¹⁰¹ Wet van 3 april 2003 tot vaststelling van de Wet gelijke behandeling op grond van handicap of chronische ziekte, Stb. 2003, 206.

¹⁰² Wet van 17 december 2003 houdende gelijke behandeling op grond van leeftijd bij arbeid, beroep en beroepsonderwijs (*Wet gelijke behandeling op grond van leeftijd bij de arbeid*), Stb. 2004, 30.

¹⁰³ Zie over deze wet in relatie tot verzekering en richtlijn 2004/113: A.G. Castermans, 'Vrijheid, gelijkheid en verzekering', in: N. van Tiggele-van der Velde, J.H. Wansink (red.), *Contractsvrijheid in het verzekeringsrecht*, Deventer: Kluwer 2010, p. 45-62. Zie ook: J.H. Wansink, 'Grondrechten' en verzekering, in: T. Hartlief, C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 267-282, en J.E. Goldschmidt, *Contractvrijheid en gelijkebehandelingsrecht*, *ibidem*, p. 255-266.

¹⁰⁴ MvT, *Kamerstukken II* 1990/91, 22014, nr. 3, p. 1.

¹⁰⁵ De wet gebruikt de term 'onderscheid' als onder substituuut voor 'discriminatie', vgl. M.M.R. van Ardenne-Dick, 'Redlining'. 'Over discriminatie op grond van postcodegebieden', *AV&S* 2009, p. 265-275 (m.n. 268).

¹⁰⁶ Het verbod van indirect onderscheid geldt niet indien dat onderscheid objectief gerechtvaardigd wordt door een legitiem doel en de middelen voor het bereiken van dat doel passend en noodzakelijk zijn (art. 2 lid 1, Awgb). Richtlijn 2004/113 sluit objectieve rechtvaardiging bij directe discriminatie niet uit.

¹⁰⁷ Gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij aanvullende pensioenen is verplicht voor de pensioenopbouw na die datum, zie HvJEG 17 mei 1990, zaak C-262/88 (*Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*), *Jur.* 1990, p. I-1889, r.o. 45; HvJEG 6 oktober 1993, zaak C-109/91 (*Ten Oever/Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwassers- en Schoonmaakbedrijf*), *Jur.* 1993, p. I-4879, r.o. 20. Zie o.m. M.H. van Coeverden, P.M.C. de Lange, *Gelijke behandeling man/vrouw in aanvullende pensioenregelingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

¹⁰⁸ Zie voor een recent voorbeeld van indirecte discriminatie op grond van geslacht in een pensioenregeling: Commissie Gelijke Behandeling 15 december 2011, *PJ* 2012/46, m.nt. W.P.M. Thijssen.

¹⁰⁹ MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30967, nr. 3, p. 2.

bepaalt dat in alle contracten, het gebruik van sekse als een factor bij de berekening van premies en uitkeringen in het kader van verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten niet resulteert in verschillen in de premies en uitkeringen van individuele personen. In de Nederlandse wetgeving vallen de bedoelde verzekeringsdiensten en aanverwante financiële diensten binnen de reikwijdte van artikel 7, eerste lid, van de Awgb dat onderscheid verbiedt bij het aanbieden van of verlenen van toegang tot goederen en diensten. Het bestaande verbod, dat breder is dan het verbod in de richtlijn bepaling is dan ook nu al van toepassing in Nederland. De richtlijn bepaling is in de Nederlandse wetgeving niet geëxpliciteerd en daartoe bestaat ook geen noodzaak, nu er geen enkele onduidelijkheid bestaat over de betekenis van artikel 7, eerste lid, Awgb voor verzekeringen en financiële dienstverlening.¹¹⁰ Met betrekking tot art. 5 lid 2, van de richtlijn bevat de Memorie van Toelichting op de wet de volgende passage: 'Nederland kent op dit moment een dergelijke uitzondering voor een risico dat afhankelijk is van het leven van een persoon tegen een van het geslacht van die persoon afhankelijke premie, voor zover het verschil in levensverwachting tussen mannen en vrouwen het verschil in premie redelijkerwijs meebrengt. Deze uitzondering is opgenomen in artikel 1, onderdeel h, van het Besluit gelijke behandeling. De regering is voornemens deze uitzondering te handhaven en de Europese Commissie daarvan in kennis te stellen conform artikel 5, tweede lid, van de richtlijn.'¹¹¹

De wetgever zal, als gevolg van de ongeldig verklaring van art. 5 lid 2, van richtlijn 2004/113 met ingang van 21 december 2012, art. 1 van het Besluit gelijke behandeling moeten aanpassen. Voor zover bekend is dat nog niet gebeurd. Die aanpassing kan verschillende vormen aannemen. In verband daarmee zal hierna op een aantal vragen van doorwerking van het internationale beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de Nederlandse rechtsorde worden ingegaan.

] De doorwerking in de Nederlandse rechtsorde van het internationale beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen

Voorop gesteld zij dat doorwerking van het discriminatieverbod van Unierecht moet worden onder-

scheiden van doorwerking van de verbodsbepalingen uit het EVRM en het IVBPR. Art. 6 lid 1, VEU erkent weliswaar het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, maar bepaalt nadrukkelijk dat zulks niet een verruiming van de bevoegdheden van de Unie inhoudt zoals bepaald bij de Verdragen. Met name is hier dan bedoeld art. 19 lid 1, VWEU (oud art. 13 lid 1, VEG), dat aan de Raad de bevoegdheid geeft passende maatregelen te nemen om discriminatie op grond van onder meer geslacht te bestrijden. Dat heeft de Raad gedaan in de vorm van richtlijn 2004/113. Het in die richtlijn vervatte verbod krijgt in beginsel pas gelding na omzetting van de richtlijn in de nationale wet, terwijl de reikwijdte van het verbod wordt bepaald door de personele en materiële werkingssfeer van de richtlijn. De verbodsbepalingen van het EVRM en het IVBPR zijn niet afhankelijk van uitwerking door de wetgever.

] Directe werking en voorrang

Het zich daarvoor lenende EU-recht werkt op eigen gezag (autonoom) door in de Nederlandse rechtsorde en geniet op eigen gezag voorrang op daarmee onverenigbare nationale wetten, die bijgevolg buiten toepassing blijven.¹¹² Blijkens het arrest *Test-Aankoop* heeft art. 5 van richtlijn 2004/113 directe werking. Het andere verdragsrecht, dat naar zijn inhoud een ieder kan verbinden, zoals art. 14 *juncto* Protocol nr. 12 EVRM, en art. 26 IVBPR¹¹³, is direct toepasselijk, heeft directe werking en voorrang krachtens art. 93 *juncto* 94 van de Grondwet.¹¹⁴ Criterium voor directe of rechtstreekse werking vormt de aard of inhoud van de betrokken bepaling: die moet duidelijk en onvoorwaardelijk zijn en niet afhankelijk van een discretionaire uitvoeringsmaatregel. Voor de nationale rechter kunnen burgers op een dergelijke bepaling een beroep doen, terwijl de rechter gehouden is die bepaling toe te passen. Dat geldt ook voor algemene rechtsbeginselen en grondrechten.¹¹⁵ De inroepbaarheid speelt zich veelal af in de verticale sfeer (burger-overheid). Inroepbaarheid houdt eveneens in dat burgers het primaire en het secundaire Unierecht, voor zover – zoals hier – zich dat daartoe leent- tegenover andere burgers (ondernemingen) kunnen inroepen (horizontale directe werking).¹¹⁶ Dat zelfde geldt in beginsel – via algemene rechtsbeginselen en via een 'grondrechtelijke' interpretatie van open normen

¹¹⁰ MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30967, nr. 3, p. 4-5.

¹¹¹ MvT, *Kamerstukken II* 2006/07, 30967, nr. 3, p. 5.

¹¹² Arresten HvJEU van 5 februari 1963, zaak 26/62 (*Van Gend en Loos*), *Jur.* 1963, p. 3, en van 15 juli 1964, zaak 6/64 (*Costa-ENEL*), *Jur.* 1964, p. 1203.

¹¹³ Zie C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 377, 404 en 412; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 82.

¹¹⁴ Art. 93 Gw luidt: 'Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt.' Art. 94 Gw luidt: 'Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.'

¹¹⁵ Vgl. J.H. Gerards, M. Claes, 'Bescherming van fundamentele rechten post-Lissabon. De interactie tussen het EU-Handvest van de grondrechten, het EVRM en de Grondwet', *SEW* 2012, p. 270 (273).

¹¹⁶ Zie R. Barents, L.J. Brinkhorst, *Grondlijnen van Europees Recht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 86; HvJEG 22 november 2005, zaak C-144/04 (*Mangold/Helm*), *Jur.* 2005, p. 1-9981; HvJEU 19 januari 2010, zaak C-555/07 (*Kücükdeveci/Swedex GmbH & Co. KG*), *Jur.* 2010, p. 1-365, r.o. 47-51; J.H. Jans, 'De doorwerking in de nationale rechtsorde van het verbod van leeftijdsdiscriminatie als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht', in: M. Herweijer, G.J. Vonk en W.A. Zondag, *Sociale zekerheid voor het oog van de meester, Opstellen voor prof. mr. F.M. Noordam*, Deventer: Kluwer 2006, p. 115-129; P.M. Tulfer, *Pensioenen, fondsen en verzekeraars*, Deventer: Kluwer 1997, p. 101 en 123-125.

zoals die van redelijkheid en billijkheid en onrechtmatigheid – ook voor het EVRM en IVBPR.¹¹⁷ Zo kan bijvoorbeeld een verzekeringnemer in een procedure waarin een verzekeraar wederpartij is (eiser of gedaagde) zich beroepen op het internationale beginsel van gelijke behandeling om een contractuele verplichting te laten vernietigen.¹¹⁸ De verplichting van de rechter tot toepassing van de hogere norm volgt voor het Unierecht uit art. 4 lid 3, juncto art. 19 lid 1, VEU (loyaliteitsplicht) en art. 13 van richtlijn 2004/113,¹¹⁹ en voor het andere verdragsrecht uit art. 94 Grondwet.¹²⁰ Effectieve rechtsbescherming is ook voorgeschreven in art. 13 EVRM en in art. 2 lid 3, IVBPR. Wanneer verdrags- of beginselschending is vastgesteld, dient de belanghebbende zo veel mogelijk in de positie te worden geplaatst waarin hij zou hebben verkeerd, indien de regels wel in acht zouden zijn genomen. Het buiten toepassing laten van art. 1 onder h van het Besluit gelijke behandeling zal door een verzekerde ingeroepen kunnen worden in een actie uit onrechtmatige daad tegen de Staat (art. 13 van de richtlijn juncto art. 6:162 BW) en in een actie uit onverschuldigde betaling tegen een verzekeraar (art. 3:40 lid 2, BW juncto art. 6:203 BW).¹²¹ Indien buiten toepassing laten van de met het verdrag strijdige norm geen (afdoende) oplossing biedt, doet dit de vraag rijzen of de rechter op grond van de genoemde bepalingen effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. De jurisprudentie is daarover verdeeld.¹²² De Centrale Raad van

Beroep heeft bij toetsing aan art. 26 IVBPR uitgesproken dat de voorziening moet worden toegekend aan degene die daar volgens het nationale recht geen aanspraak op had.¹²³ De Hoge Raad is voorzichtiger en laat de oplossing van het vraagstuk bij voorkeur aan de wetgever over, daar er veelal meer dan een wijze van voldoening aan het gelijkheidsbeginsel mogelijk is.¹²⁴

Het arrest Test-Aankoop verplicht de Nederlandse rechter als Unie-rechter art. 1 onder h van het Besluit gelijke behandeling buiten toepassing te laten. Dat betekent dat een premie of uitkering die discrimineert naar geslacht direct valt onder het verbod van art. 7 lid 1, Awgb.¹²⁵ De vrouw of de man die een hogere premie of een lagere uitkering dan de ander heeft¹²⁶, zal *ceteris paribus* aanspraak kunnen maken op verrekening van het verschil, teneinde in dezelfde positie geplaatst te worden.¹²⁷

] Temporele werking

Hoe zal de wetgever omgaan met het gegeven dat van 21 december 2007 tot 21 december 2012 krachtens art. 1, aanhef en onder h, van het Besluit gelijke behandeling contracten zijn of worden gesloten met discriminerende premies en uitkeringen? Genoemde bepaling kan, wat het EU-recht betreft, niet zonder meer worden ingetrokken. Mijns inziens zal bepaald moeten worden dat die intrekking pas effect zal hebben vanaf 21 december 2012.¹²⁸ Daardoor wordt voor een succesvolle actie tegen de Staat of tegen een verzekeraar een beroep op het EU-recht uitgesloten met betrekking tot vóór 21 december

117 Zie J.H. Gerards, M. Claes, a.w., p. 273; P. van Dijk e.a. (Eds.), *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2006, p. 28 e.v.; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en E.R. Rieter, a.w., p. 44.

118 Vgl. A.S. Hartkamp, Mr. C. Asser's *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Deel 3-1**, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2011, 143-151 (horizontale werking algemene beginselen van EU-recht) en 220-231 (horizontale werking EVRM).

119 Art. 4 lid 3, VEU luidt: 'Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien. De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de Instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.' Art. 13 Richtlijn 2004/113 luidt: 'De lidstaten nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat het beginsel van gelijke behandeling wordt nageleefd bij de toegang tot en de levering van goederen en diensten binnen de werkingssfeer van deze richtlijn, en met name dat: a) alle wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijn, worden afgeschaft; b) alle met het beginsel van gelijke behandeling in strijd zijnde bepalingen in contracten of overeenkomsten, interne reglementen van ondernemingen en regels die gelden voor verenigingen met of zonder winstoogmerk, nietig worden of kunnen worden verklaard of worden gewijzigd.'

120 Vaak kiest de rechter voor verdragsconforme interpretatie, zie J. de Wit, *Artikel 94 Grondwet toegepast*, Den Haag: Boom 2012.

121 Zie ook art. 14 Richtlijn 2004/113: 'De lidstaten bepalen welke sancties gelden voor overtredingen van de ter uitvoering van deze richtlijn vastgestelde nationale bepalingen en nemen de nodige maatregelen om ervoor te zorgen dat deze sancties worden toegepast. De sancties, die ook het betalen van schadevergoeding aan het slachtoffer kunnen omvatten, moeten doeltreffend, evenredig en afschrikkend zijn. (...)'

122 F.M.C. Vlemminx, *De autonome rechtstreekse werking van het EVRM. De Belgische en Nederlandse rechtspraak over verzekeringsplichten ingevolge het EVRM*, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 2002, p. 67-68.

123 Bijv. CRvB 5 januari 1988, AB 252-254 m.nt. JHS, en CRvB 7 december 1988, AB 1989, 10 m.nt. JHS. Zie A.W. Heringa, 'De toepassing van artikel 26 IVBPR door de Nederlandse rechter', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 855-864; J. Borgesius, *Weduwenpensioen voor weduwnaars*, TPV 1989, p. 6.

124 C.A.J.M. Kortmann, a.w., p. 412. Vgl. nog E.A. Alkema, *Een meerkeuzetoets. De rechter en de internationale rechtsorde (rede RUL)*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Wilink 1985.

125 Ook indien geslacht een factor van ondergeschikte betekenis is bij de vaststelling van een hogere premie, kan er directe discriminatie zijn, vgl. Commissie Gelijke Behandeling. Oordeel 1995-15, www.cgb.nl/ordeel/1995-15.

126 Zie voor de soorten levensverzekeringen in de Nederlandse markt: W.M.A. Kalkman, *De overeenkomst van levensverzekering*, Deventer: Kluwer 2007, p. 13 e.v.

127 Naar analogie van HvJEG 28 september 1994, zaak C-200/91 (*Coloroll Pension Trustees Ltd./Russell e.a.*), *Jur.* 1994, p. I-4389, r.o. 32. Vgl. B.J. Drijber, S. Prechal, a.w., p. 157 e.v.

128 Aldus ook E.R. Meerdink, 'Onderscheid tussen mannen en vrouwen in verzekeringsovereenkomsten die vóór 21 december 2012 zijn gesloten', *FR* 2012, p. 124-126.

2012 beëindigde contracten. Een beroep uitsluitend op art. 26 IVBPR of art. 14 EVRM lijkt evenwel niet kansloos, in aanmerking genomen dat art. 1 onder h van het Besluit gelijke behandeling geen implementatie is van de richtlijn en dus de Nederlandse wetgever niet is opgetreden binnen het toepassingsgebied van het recht van de Unie¹²⁹, en aangenomen dat art. 1 onder h in het licht van genoemde verdragsbepalingen al langer onverbindend was.¹³⁰

Vervolgens is de vraag aan de orde hoe de nationale wetgever en rechter het arrest *Test-Aankoop* zullen interpreteren met betrekking tot lopende contracten, nu het HvJ EU zich daarover – anders dan de advocaat-generaal – niet lijkt uit te laten. De advocaat-generaal wil, zoals gezegd, herberekening van na een overgangperiode vervallende premies voor lopende contracten. Dat is in overeenstemming met vaste rechtspraak van het HvJ EU over terugwerkende kracht van zijn arresten.¹³¹ In uitzonderlijke gevallen heeft het Hof op die regel een uitzondering gemaakt.¹³² Nu dat hier niet expliciet is gebeurd, lijkt het standpunt van de advocaat-generaal juist.¹³³ De wetgever kan dan niet volstaan met te bepalen dat art. 1 onder h van het Besluit gelijke behandeling per 21 december 2012 wordt ingetrokken, maar zal ook moeten aangeven welke gevolgen het van toepassing worden van het discriminatieverbod heeft voor lopende overeenkomsten.¹³⁴ Bij gebreke daarvan heeft de rechter, indien daartoe geroepen, de taak een dergelijke uitspraak te doen, tenzij de betrokken verzekeraar daarop heeft geanticipeerd door zijn verzekerde, conform het standpunt van de advocaat-generaal, een gewijzigd contract aan te bieden.¹³⁵

Hoewel het Hof in zijn arrest expliciet geen regel van rechterlijk overgangsrecht heeft gegeven, is dat naar mijn mening impliciet wel het geval. Door in rechtsoverweging 34 art. 5 lid 2, van de richtlijn niet onmiddellijk ongeldig te verklaren, maar zulks op termijn te doen en daarbij via de woorden 'gelet op het voorgaande' alle voorafgaande overwegingen in te vlechten (zie met name

de overwegingen 23 en 24 waarin naar art. 5 lid 1, van de richtlijn wordt verwezen), heeft het Hof – zo is mijn analyse – de methode van art. 5 lid 1, van de richtlijn aangewezen voor de behandeling van lopende contracten. Die methode houdt in dat het discriminatieverbod uitsluitend geldt voor nieuwe contracten na de respectievelijk in dat artikellid en in rechtsoverweging 34 van het arrest aangegeven datum. Premies en uitkeringen in lopende contracten, die destijds volgens het toen geldende recht, en dus rechtsgeldig, zijn overeengekomen, worden derhalve geëerbiedigd. Dit acht ik een redelijke uitleg van het arrest, ook gelet op de toelichting in punt 18 van de considerans van de richtlijn waarnaar in rechtsoverweging 22 van het arrest wordt verwezen ('om een plotselinge herordening van de markt te voorkomen mag deze regel uitsluitend gelden voor nieuwe contracten'¹³⁶). In punt 7 van de Richtsnoeren stelt de Commissie zich op het standpunt, zonder de term overgangsrecht te gebruiken, dat de overgangperiode moet worden geïnterpreteerd in het licht van de uit art. 5 lid 1, blijkende doelstelling van de richtlijn inclusief de bepaling dat de regel van seksneutraliteit alleen van toepassing is op nieuwe contracten, waaraan het arrest niets verandert. Thiery¹³⁷ en Meerdink¹³⁸ komen langs een andere weg tot hetzelfde resultaat. Deze auteurs onderzoeken hoe het Hof – wanneer hem alsnog een prejudiciële vraag naar het temporele effect zou zijn voorgelegd – zou hebben geantwoord. Zij beroepen zich daarbij op de terminologie en de doelstelling van de richtlijn, op het beginsel dat een nieuwe EU-regel niet van toepassing is op bestaande rechtsverhoudingen waarvan alle rechtsgevolgen zijn uitgewerkt, en op de noodzaak van het beperken van de temporele effecten van ongeldigverklaring van een richtlijn in gevallen waarin men te goeder trouw is uitgegaan van de geldigheid en waar ernstige verstoringen zouden kunnen ontstaan voor bestaande rechtsverhoudingen.

¹²⁹ Zie art. 51 lid 1, Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

¹³⁰ Zie voor een voorbeeld van reflexwerking tussen EU-recht en art. 26 IVBPR, en van de doorwerking van discriminatieverboden: CRvB 26 november 1998 (Vos), RSV 1999/92. In de zaak Vos dienden dwingende overwegingen van rechtszekerheid uit het EU-recht voor de CRvB als rechtvaardiging voor een inbreuk op het discriminatieverbod van het sinds 28 maart 1979 in Nederland van kracht zijnde art. 26 IVBPR. Die uitspraak kon in de ogen van het toezicht-houdend orgaan bij het IVBPR, het Human Rights Committee van de VN in Genève, in de zaak Vos tegen Nederland, niet door de beugel. Het Committee achtte de beperking in de tijd van de werking van het discriminatieverbod in strijd met art. 26. Zie F.P. Zwart, 'De invloed van artikel 26 van het IVBPR en artikel 14 van het EVRM op de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep', in: R.M. van Male e.a. (red.), *Centrale Raad van Beroep 1903-2003*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 221 (236). Ook een beperking van de terugwerkende kracht van art. 14 EVRM lijkt niet houdbaar (het 1e Protocol betreffende onder meer de bescherming van de eigendom trad voor Nederland in werking op 31 augustus 1954, en Protocol nr. 12 op 1 april 2005). Zie bijv. EHRM 4 juni 2002 (Wessels-Bergervoet), RSV 2002/181.

¹³¹ Zie bijv. zaak C-61/79 (*Italiaanse Staat/Denkavit italiana Srl.*), Jur. 1980, p. 1205, r.o. 16. Vgl. J.H. Jans, S. Prechal, R.J.G.M. Widdershoven, Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, p. 275-276.

¹³² Zie bijv. zaak 43/75 (*Defrenne II/Sabena*), Jur. 1976, p. 455, r.o. 69-75, en zaak 262/88 (*Barber/Guardian Royal Exchange Assurance Group*), Jur. 1990, p. I-1889, r.o. 40-45. Vgl. B.J. Drijber, S. Prechal, a.w., p. 158 e.v.

¹³³ In gelijke zin: C. Van de Heyning in haar annotatie bij het arrest *Test-Aankoop*, SEW 2011, p. 549, en E. Lutjens, a.w., p. 290 (deze auteur meent dat ook in vóór 21 december 2012, en zelfs in vóór 21 december 2007, gesloten contracten de ongelijkheid moet worden opgeheven).

¹³⁴ Een dergelijke beperking kan strikt genomen alleen door het HvJ EU worden aangebracht in een arrest waarin om uitlegging wordt gevraagd, vgl. HvJEG 15 december 1995, zaak C-415/93 (*Koninklijke Belgische Voetbalbond/Bosman*), Jur. 1995, p. I-4921, r.o. 142.

¹³⁵ A.G. Castermans, (a.w., p. 61) ziet ruimte voor toepassing van art. 3:43 BW.

¹³⁶ In gelijke zin Kalkman in zijn noot onder het arrest, PJ 2011/96.

¹³⁷ Y. Thiery, 'Het Test-Achats arrest van het Hof van Justitie: enige hangijzers en richtsnoeren', a.w., p. 40 e.v.;

¹³⁸ E.R. Meerdink, 'Per 21 december 2012: mannen en vrouwen verzekeringstechnisch gelijk', a.w., p. 287 e.v.

] Besluit

In het voorgaande is gebleken dat het discriminatieverbod ofwel het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen in diverse juridische bronnen gevonden kan worden. In het EVRM en het IVBPR gaat het om direct werkende verbodsbepalingen die door hun abstracte redactie veel vergen van de creativiteit bij toepassing in concrete gevallen, zoals de premiecalculatie bij verzekeringen. Het recht van de EU, zoals uitgewerkt in richtlijn 2004/113, is meer concreet over de betekenis van het verbod ten aanzien van het gebruik door verzekeraars van uitsluitend op geslacht gebaseerde risicofactoren. Er zijn aanwijzingen dat de actuariële en commerciële prak-

tijk reeds vóór het arrest *Test-Aankoop* werd aangepast aan marktontwikkelingen die tenderden in de richting van meer differentiatie in de premietarieven. Door het arrest zal een differentiatie in tarieven en uitkeringen die uitsluitend is terug te voeren op het statistisch (gemiddelde) verschil in levensverwachting van mannen en vrouwen, per 21 december 2012 tot het verleden behoren. Voor intern gebruik (berekening van technische voorzieningen) blijven overlevingstafels evenwel toegestaan. De discriminatieverboden van het EVRM en het IVBPR zullen met betrekking tot verzekeringspremies en uitkeringen naar verwachting eenzelfde concrete inhoud hebben, al blijft nog onzeker of zij toegepast moeten worden met ingang van een eerdere datum.